

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho Administrativo



**ORGANIZACIÓN Y CONTROL DEL SECTOR DEL
GAS NATURAL.**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Zaida López Cárcamo

Bajo la dirección del doctor

Germán Fernández Farreres

Madrid, 2009

- ISBN: 978-84-692-8460-5

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Administrativo

**ORGANIZACIÓN Y CONTROL DEL SECTOR
DEL GAS NATURAL**

Tesis para optar al grado de Doctora en Derecho

Dirigida por: Dr. D. Germán Fernández Farreres

Catedrático de Derecho Administrativo

Presentada por: Zaida López Cárcamo

Madrid, 2008

*A mis padres,
hermanas y hermanos*

ÍNDICE

ÍNDICE	V
ABREVIATURAS.....	XXI
INTRODUCCIÓN	25
CAPÍTULO PRIMERO. LA CONFORMACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL SECTOR DE LOS COMBUSTIBLES GASEOSOS Y SU EVOLUCIÓN. APROXIMACIÓN HISTÓRICA	31
I. Planteamiento	31
II. Primera parte: el origen de las potestades de intervención administrativa y el sector del gas.....	32
1. Introducción	32
2. El servicio de suministro de gas en el contexto de la ideología liberal	34
<i>A. El orden público y la policía urbana. El alumbrado de las ciudades.</i>	<i>35</i>
<i>B. El dominio público. La concesión demanial.</i>	<i>36</i>
3. La asunción formal de la competencia por parte los municipios.....	38
4. La introducción de la electricidad. El conflicto planteado. La cláusula de progreso.....	39
5. Las Municipalizaciones. La gestión directa del servicio.	41
6. La declaración formal del servicio público del gas. El Real Decreto de 12 de abril de 1924.....	43
III. Segunda parte. Un nuevo contexto político-ideológico. La introducción de nuevos combustibles y nuevas formas de intervención.	46
1. Introducción	46
2. La transferencia al Estado de la competencia sobre el servicio público de gas. El Reglamento de 27 de enero de 1956. La legislación municipal entonces vigente.....	47
3. La situación del sector industrial de combustibles gaseosos hasta 1972.....	50
4. La creación de empresas públicas en el sector de los combustibles gaseosos.	51
<i>A. La creación de BUTANO, S. A.</i>	<i>52</i>
<i>B. La creación de la Empresa Nacional de Gas (ENAGAS).</i>	<i>54</i>

5. Un nuevo marco normativo para el sector de los combustibles gaseosos: el Reglamento general del servicio público de gases combustibles de 1973.....	56
6. La planificación energética.....	59
A. Sobre la naturaleza jurídica y procedimiento de aprobación de los planes.....	60
B. Los combustibles gaseosos en los planes energéticos.....	62
a. El primer plan energético Nacional (PEN-75).....	62
b. El plan energético Nacional de 1977-1987 (PEN-78).....	64
7. La transformación del sector industrial a partir de la creación de ENAGAS.....	66
8. En especial sobre los contratos de aprovisionamiento con Argelia.....	68
9. La reordenación del sector de hidrocarburos. Creación del Instituto Nacional de Hidrocarburos (INH). Su papel en el sector de los combustibles gaseosos.....	70
A. El plan energético Nacional de 1983-1992 (PEN-84).....	72
B. El protocolo de intenciones para el desarrollo del gas en España.....	73
10. La actualización del marco normativo. La ley del gas 1987.....	76
IV. Tercera parte. La historia reciente. La integración de España en la Unión Europea. Hacia la liberalización de los mercados.....	80
1. Planteamiento.....	80
2. El nivel europeo. La difícil construcción de una política energética. La integración de España: un nuevo marco para la política energética.....	81
A. La construcción del mercado interior europeo y el sector de la energía. El Acta Única Europea.....	84
B. El mercado interior de la energía. Implicaciones.....	87
C. El mercado interior del gas natural. La liberalización en tres etapas.....	88
a. La primera etapa de la liberalización.....	89
b. La segunda y tercera etapas de la liberalización.....	94
D. La Carta de la Energía y el Tratado sobre la Carta de la Energía.....	94
E. Las redes transeuropeas en el Tratado de Maastricht. El principio de subsidiariedad.....	96
F. La segunda etapa de la liberalización. La Directiva 98/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio de 1998, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural.....	98
G. La Tercera etapa de la Liberalización. Los documentos preparatorios.....	101

a. El libro verde. «Por una política energética de la Unión Europea».....	101
b. El libro blanco. «Por una Política Energética para la Unión Europea».....	102
<i>H. El Tratado de Ámsterdam. Otro intento fallido por introducir un capítulo de política energética.....</i>	<i>106</i>
<i>I. El Tratado de Niza y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.....</i>	<i>109</i>
3. El nivel nacional	110
<i>A. El Plan energético Nacional de 1991-2000 (PEN-92).....</i>	<i>110</i>
<i>B. Medidas liberalizadoras introducidas en el nivel nacional con posterioridad a la Ley del Gas. El acceso de terceros a las redes.....</i>	<i>112</i>
<i>C. El paralelo proceso de privatización. La configuración del sector industrial hasta 1998.....</i>	<i>115</i>
CAPÍTULO SEGUNDO. EL CAMBIO REGULATORIO INTRODUCIDO POR LA LSH. CUESTIONES PRELIMINARES Y ASPECTOS GENERALES.....	119
I. Planteamiento.....	119
II. El Sistema gasista. Algunas cuestiones técnicas.....	120
1. Breve caracterización del gas natural.	120
2. Consideraciones generales sobre el ciclo del gas natural.	121
III. La normativa comunitaria vigente y aplicable al sector de la energía. 125	
1. Legislación originaria	125
<i>A. El mercado común y el régimen de libre competencia.....</i>	<i>126</i>
<i>B. Los servicios de interés económico general y la cohesión económica y social.....</i>	<i>128</i>
2. La legislación derivada. Las Directivas y el Reglamento que regulan el sector del gas natural.....	132
<i>A. Las directivas del mercado interior del GN.....</i>	<i>133</i>
<i>B. Directiva sobre la seguridad del suministro</i>	<i>134</i>
<i>C. El Reglamento sobre las condiciones de acceso de terceros a las redes de transporte de GN.....</i>	<i>135</i>
3. Otras políticas relacionadas con el ámbito de la energía.	135
IV. La Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos y la Ley 12/2007 de 2 de julio, por la que se modifica la Ley 34/1998, con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural.....	139

1. El marco constitucional de distribución de competencias en materia de energía y la LSH.....	140
<i>A. La distribución competencial establecida por la LSH. Su carácter básico.....</i>	<i>142</i>
a. Competencias atribuidas al Gobierno y la Administración General del Estado.....	143
b. Competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas. En especial sobre la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.....	145
<i>B. Las competencias atribuidas a la CNE.....</i>	<i>147</i>
2. Los objetivos generales planteados por la LSH. La incorporación de las Directivas del Gas.....	148
<i>A. Los objetivos de fondo: hacia la liberalización del sector.....</i>	<i>150</i>
a. La despubblicación del sector y el reconocimiento de la libre iniciativa empresarial. Significado y alcance.....	151
b. La consideración de las actividades realizadas en el sector como de «interés económico general» y la garantía de suministro. El servicio público objetivo.	155
c. La planificación energética y la libertad de inversión.....	159
d. Las actuaciones gubernamentales en materia de planificación gasista	165
<i>B. La estructura formal de la LSH en materia de gases combustibles por canalización.....</i>	<i>168</i>
a. La agrupación de todas las actividades relacionadas con los hidrocarburos.	168
b. Sobre la sistemática del Título IV de la LSH.....	169
3. Las técnicas de introducción de competencia integradas por la LSH para el sector del gas natural. Sus principios rectores.....	170
<i>A. Planteamiento.....</i>	<i>170</i>
<i>B. Algunas cuestiones en torno a la noción de «regulación».....</i>	<i>171</i>
<i>C. Las técnicas de introducción de competencia relacionadas con las infraestructuras.</i>	<i>175</i>
a. La sustitución del título habilitante	175
b. La separación de propiedad y la gestión y el uso de las infraestructuras. La reforma del régimen de ATR.	176
<i>D. La separación de las actividades: funcional, jurídica, y contable y limitación accionarial.</i>	<i>178</i>
<i>E. La aparición de nuevos actores del sistema.....</i>	<i>180</i>
<i>F. La creación del «ente regulador del sistema gasista»: la Comisión Nacional de la Energía.....</i>	<i>182</i>
<i>G. Un nuevo régimen económico. El término de conexión y seguridad.....</i>	<i>184</i>

4. El punto de partida y el calendario de la liberalización. La situación de los consumidores.....	186
A. Los llamados «mercado regulado o a tarifa» y «mercado en régimen de libre competencia o liberalizado».....	188
B. La situación de los consumidores.....	188
5. Consideraciones sobre las reformas realizadas a la LSH y las remisiones reglamentarias y los instrumentos normativos utilizados para su adopción	190
CAPÍTULO TERCERO. EL REGIMEN DE ESTABLECIMIENTO Y DE CESE DE ACTIVIDADES EN EL SECTOR GASISTA	197
I. Introducción.	197
II. Los títulos habilitantes en la Directiva del Gas y en la Ley del sector de hidrocarburos. Cuestiones generales.	198
1. Los títulos habilitantes en la Directiva del Gas	198
2. Los títulos habilitantes en la Ley del sector de hidrocarburos. Consideraciones preliminares.	199
III. El régimen de autorización de las infraestructuras del sistema gasista español.	205
1. Algunas precisiones conceptuales en torno a los términos «infraestructura», «red» e «instalación».	205
2. Una primera aproximación a los sujetos actores. Definición legal.....	206
3. Las redes e instalaciones que conforman el sistema del gas natural.....	207
A. La red básica.....	208
B. La red de transporte.	209
C. La red de distribución.	210
D. Otras instalaciones.	211
a. Líneas directas	211
b. Las acometidas gasistas.	212
c. Instalaciones receptoras comunes (IRC).....	213
4. Instalaciones sujetas a autorización administrativa previa. Excepciones al régimen.	213
5. Órgano competente para otorgar la autorización de instalación.....	215
A. Competencia de la Administración General del Estado	217
B. Competencia de las Comunidades Autónomas.....	217
C. La coordinación y cooperación entre Administraciones en relación con la construcción de instalaciones.....	219
6. Condiciones y requisitos exigibles al solicitante de una autorización de instalación.	221

<i>A. Capacidad del solicitante –legal, técnica y económico financiera-</i>	<i>222</i>
a. Capacidad legal	223
b. Capacidad técnica	225
c. Capacidad económico-financiera de la entidad.....	225
<i>B. Normas técnicas y de seguridad de las instalaciones propuestas. Previsión de una autorización independiente en esta materia.</i>	<i>226</i>
<i>C. El adecuado cumplimiento de las condiciones de protección del medio ambiente. La Ley de prevención y control integrados de la contaminación.</i>	<i>230</i>
<i>D. La adecuación del emplazamiento de la instalación al régimen de ordenación del territorio y la adaptación de los proyectos al planeamiento urbanístico. Las excepciones establecidas en la Ley 13/2003 sobre las obras públicas de interés general.....</i>	<i>232</i>
7. Condiciones generales de las autorizaciones de instalación.	234
8. Causas de denegación de autorización de instalaciones.....	237
9. La sustitución de las concesiones de actividad otorgadas bajo la vigencia de la Ley del Gas por autorizaciones de instalación y actividad. La extinción de la reversión.....	237
10. Procedimientos establecidos para otorgar la autorización de instalaciones	239
<i>A. Procedimientos de autorización para las instalaciones competencia de la Administración General del Estado.</i>	<i>241</i>
a. Autorización de instalaciones mediante el procedimiento de concurrencia. Concurso público. Supuestos y procedimiento.....	242
b. Autorización de las instalaciones de forma directa. Supuestos y procedimiento.	245
<i>B. Fases de la autorización. «Actos administrativos de la autorización».....</i>	<i>245</i>
a. Autorización administrativa del proyecto genérico de la instalación. Procedimiento.	247
b. Solicitud de aprobación del proyecto de ejecución. Los reglamentos técnicos y de seguridad.	252
c. Autorización de explotación. Acta de puesta en servicio.....	254
11. Autorización de transmisión de la titularidad de instalaciones. Procedimiento.	255
12. Autorización administrativa de cierre de las instalaciones	257
IV. El régimen de habilitación establecido para las instalaciones de almacenamiento subterráneo y la actividad de almacenamiento	258
V. Derecho a la ocupación del dominio público y patrimonial y de la propiedad privada: expropiación forzosa, servidumbres y	

limitaciones a la propiedad. En especial s	obre la autoriz	ación
demanial municipal.....		264
1. La declaración genérica de «utilidad pública». Efectos.....		266
2. La declaración de utilidad pública en concreto.....		267
<i>A. Procedimiento solicitud de declaración de utilidad pública en concreto.....</i>		<i>268</i>
<i>B. Efectos del reconocimiento concreto de la utilidad pública.</i>		<i>270</i>
<i>C. Las servidumbres y autorizaciones de paso de las instalaciones gasistas.....</i>		<i>273</i>
a. Alcance de las servidumbres.....		274
b. Supuestos de variación de las servidumbres de paso.....		275
<i>D. La expropiación. Procedimiento expropiatorio.....</i>		<i>276</i>
<i>E. Determinación del justo precio y pago</i>		<i>277</i>
VI. El régimen de autorización de la actividad de comercialización.....		278
1. Órgano competente para otorgar la autorización		279
2. Requisitos para obtener una autorización de actividad de comercialización.		280
3. Solicitud de autorización de comercialización. Requisitos y procedimiento.		281
4. Causas de denegación de la autorización.....		282
5. Caducidad, revocación y extinción de la autorización de comercialización		283
VII. Registro Administrativo de In	stalaciones y empresas del	
sistema gasista		284
1. Consideraciones generales		284
2. Procedimiento de inscripción.....		285
3. Registro Administrativo de instalaciones de transportistas de gas		286
4. Registro Administrativo de Distribuidores, Comercializadores y Consumidores Directos en mercado de combustibles gaseosos por canalización.....		287
5. Control de la actualización de los datos.....		288
CAPÍTULO CUARTO. EL RÉ GIMEN DE L AS ACTIVIDADE S Y		
EL ESTATUTO JURÍDICO DE LOS SUJETOS ACTORES		291
I. Planteamiento general		291
II. En general sobre el régimen de las activida des y el es tatuto		
jurídico de los sujetos del sector. Consideraciones preliminares.....		293
III. Régimen de las actividades singularmente consideradas		297
1. Las actividades de investigación, exploración y explotación.		298

<i>A. Aspectos formales. Actividades excluidas del sistema gasista.</i>	298
<i>B. Actividades excluidas del régimen de libre competencia.</i>	299
<i>C. Estatuto jurídico de los titulares de permisos de investigación o concesiones de explotación de hidrocarburos, en relación con el sistema gasista.</i>	300
2. La incorporación de gas natural al sistema. La adquisición del GN. Medidas introducidas para liberalizar la actividad.	302
<i>A. Una cuestión terminológica previa. Definición de la actividad.</i>	303
<i>B. Sujetos habilitados para el ejercicio de la actividad. Límites al porcentaje de abastecimiento. Medidas liberalizadoras.</i>	304
<i>C. Los contratos de aprovisionamiento. En especial sobre el contrato de aprovisionamiento con Argelia.</i>	306
3. La actividad de transporte: el transporte, la licuefacción, la regasificación y el almacenamiento.	309
<i>A. Aspectos formales de su regulación. La agrupación de varias actividades bajo una misma denominación.</i>	309
<i>B. Actividades Reguladas.</i>	315
a. El transporte por gasoducto	316
b. El almacenamiento. Almacenamientos básicos, operativos y estratégicos.	316
c. La actividad de regasificación	321
<i>C. Los transportistas</i>	322
a. El Gestor técnico del sistema (GrTS). Evolución de su régimen jurídico.	323
b. La función de ENAGAS en el mercado de tarifa de último recurso.	327
c. Estatuto jurídico de los transportistas -régimen de libre competencia-	328
d. Breve referencia al servicio de tránsito internacional	332
4. El suministro en sentido estricto. Las actividades de distribución y comercialización.	332
<i>A. Consideraciones previas sobre la acepción de suministro y su relación- «confusión» con la distribución y la comercialización. Evolución de la normativa reguladora.</i>	333
<i>B. La distribución. Actividad regulada en un mercado en régimen de libre competencia.</i>	339
a. Los distribuidores	342
b. Estatuto jurídico de los distribuidores en relación con la actividad de distribución –mercado en régimen de libre competencia-.	343
c. Estatuto jurídico de los distribuidores en su actividad de suministro a tarifa –mercado regulado-.	349

<i>C. La actividad de comercialización y el suministro de último recurso</i>	<i>350</i>
a. Definición de la actividad de comercialización. Una actividad libre en régimen de libre competencia.	351
b. El comercializador	352
c. Estatuto jurídico de los comercializadores en el mercado en régimen de libre competencia- y de los consumidores directos en mercado.	353
d. Estatuto jurídico de los comercializadores como suministradores del último recurso –mercado liberalizado-	356
IV. La separación de actividades. Obligaciones de los sujetos que actúan en el sector	358
1. Las obligaciones de los sujetos del sistema en relación con la separación jurídica de las actividades. DT primera Ley 12/2007	360
2. Obligaciones relacionadas con la llevanza de la contabilidad y entrega de información.	365
3. El establecimiento de un Código de conducta	367
V. El régimen jurídico de los consumidores.....	368
1. Definición legal de consumidor	368
2. Los consumidores. Evolución de la normativa que regula su definición y clasificación	369
3. Régimen jurídico para el cambio de suministrador. Procedimiento para realizar el cambio de mercado.	374
A. Cambio de consumidor del mercado regulado al mercado liberalizado	376
B. Cambio de comercializador en el mercado liberalizado	377
C. Cambio de un consumidor del mercado liberalizado al mercado regulado	377
D. Sistema de intercambio de información para la gestión del cambio de suministrador.....	378
4. Régimen de los consumidores de último recurso –mercado liberalizado-	380
A. El mecanismo de traspaso de los consumidores del mercado a tarifa al mercado de último recurso.	380
B. Oficina de cambios de suministrador (OCS).....	381
5. Obligaciones del consumidor directo en mercado –Cualificado-	383
6. Régimen jurídico en relación con las acometidas	383
VI. El suministro en sentido amplio.....	385
1. La garantía de suministro. ¿Universalidad de la prestación?.....	386

2. La continuidad del suministro. Condiciones para la suspensión del servicio.....	388
A. Suspensión del suministro a los consumidores a tarifa.....	389
B. Suspensión del suministro a consumidores cualificados. Procedimiento	391
C. Suspensión temporal del suministro. Autorización administrativa previa.....	391
3. La calidad del suministro. Las condiciones para su interrupción.-La cláusula de progreso-.....	392
4. Contratos de suministro. Naturaleza jurídica	394
A. El contrato de suministro a tarifa y –de último recurso-	395
B. Contratos en el mercado liberalizado	398
C. Reclamaciones y fraudes	398
5 .Obligaciones específicas relativas a la seguridad del suministro.....	399
A. La normativa comunitaria. En especial, la Directiva 2004/67/CE del Consejo, relativa a unas medidas para garantizar la seguridad del suministro de gas natural.	400
B. La regulación contenida en la LSH sobre la materia y el Real Decreto 1716/2004 por el que se regula la obligación de mantenimiento de existencias mínimas de seguridad, la diversificación de abastecimiento de gas natural y la CORES.....	401
a. La distribución de competencias entre las autoridades reguladoras en materia de seguridad del suministro.....	403
b. La obligación de mantenimiento de existencias mínimas. Sujetos obligados y contenido de la obligación.....	404
c. Obligaciones de diversificación de los abastecimientos	407
d. El deber de información relativo al cumplimiento de la obligación de mantenimiento de existencias mínimas y diversificación del suministro.....	410
C. El control de las obligaciones. El papel de la Corporación de Reservas Estratégicas de Petróleo (CORES).....	411
CAPÍTULO QUINTO. EL RÉGIMEN DE ACCESO DE TERCEROS A LAS REDES DEL SISTEMA GASISTA	413
I. Planteamiento general. Delimitación del tema	413
II. La normativa comunitaria vigente sobre el ATR aplicado al sector gasista	414
1. El Acceso de Terceros a las Redes y las Directivas del Mercado interior del Gas	414
2. El Foro del Gas Madrid. Las Directrices de buenas prácticas.	417

3. El Reglamento (CE) núm. 1775/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de septiembre de 2005, sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural.	418
III. La naturaleza jurídica del sistema de acceso de terceros a las redes. La eliminación de la reversión de las instalaciones. Consideraciones preliminares.....	420
IV. El Acceso de Terceros a las Redes en la LSH. Las dificultades para su puesta en práctica.....	424
1. Los presupuestos necesarios para la aplicación del ATR en el sector del GN.....	425
2. La gestión técnica del sistema de gas natural. Las Normas y su aprobación. -La autorregulación regulada-.....	428
<i>A. Contenido básico de las NGTS.....</i>	<i>431</i>
<i>B. El Comité de Seguimiento de la Gestión Técnica del Sistema Energético.....</i>	<i>434</i>
<i>C. El Gestor técnico del sistema.....</i>	<i>435</i>
<i>D. El estatuto jurídico del gestor técnico del sistema. ¿Ejercicio de funciones públicas?.....</i>	<i>435</i>
V. Funcionamiento del Sistema. El procedimiento de ATR. El papel de las Administraciones Públicas.....	441
1. Instalaciones incluidas en el régimen de acceso regulado.....	442
2. Procedimiento para el acceso a las instalaciones gasistas. La intervención administrativa.....	444
<i>A. Derecho de acceso de terceros a las instalaciones gasistas.....</i>	<i>446</i>
a. Estatuto jurídico de los titulares de las instalaciones incluidas en el régimen de acceso de terceros.....	447
b. Estatuto jurídico de los sujetos con derecho de acceso.....	449
<i>B. Solicitud de acceso. Contenido y formalidades.....</i>	<i>451</i>
<i>C. Tramitación de la solicitud de formal de acceso y evaluación de las posibilidades del sistema.....</i>	<i>454</i>
<i>D. Excepciones a la obligación de acceso de terceros.....</i>	<i>457</i>
3. La contratación del acceso a las instalaciones. La formalización de la solicitud de acceso	457
<i>A. Sobre la naturaleza jurídica del contrato de ATR.....</i>	<i>459</i>
<i>B. Plazos y condiciones de la contratación</i>	<i>460</i>
<i>C. Modalidades de contratos. Limitaciones al destino de la capacidad de las instalaciones.....</i>	<i>461</i>
<i>D. Potestades del GrTS en relación con los contratos firmados. Medidas para asegurar el funcionamiento eficiente del sistema.....</i>	<i>462</i>

<i>E. Modificación y prórroga de los contratos</i>	465
<i>F. Condiciones mínimas de los contratos de acceso a las instalaciones</i>	466
<i>G. Otras consideraciones relacionadas con los contratos. Contratación de servicios o instalaciones «libremente pactados»</i>	467
<i>H. La información sobre el sistema de ATR. Obligaciones de publicación</i>	468
4. Causas de denegación del acceso a las instalaciones. Límites materiales de la denegación	470
<i>A. La insuficiencia de capacidad, o cuando el acceso impida cumplir las obligaciones de suministro</i>	470
<i>B. Dificultades financieras derivadas de contratos de compra garantizada. Procedimiento para realizar la denegación. La intervención del MITC</i>	474
<i>C. Condiciones de reciprocidad</i>	476
<i>D. Instalaciones nuevas</i>	478
5. Aspectos específicos en torno a las instalaciones de almacenamiento	478
<i>A. El sistema de ATR negociado a las instalaciones de almacenamiento no básico</i>	479
<i>B. La asignación de la capacidad de los almacenamientos subterráneos</i>	479
6. La asignación de la capacidad de las instalaciones de la red básica que resulta de la supresión del mercado a tarifa	481
CAPÍTULO SEXTO EL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL SISTEMA GASISTA	483
I. Planteamiento del tema	483
II. La evolución del sistema económico desde la promulgación de la LSH. Del suministro a tarifa al suministro del «último recurso»	484
III. La distribución competencial en esta materia	488
IV. El sistema económico integrado de l sector del gas natural. ¿Un sistema basado en costes? Consideraciones generales	489
V. Tarifas, peajes y cánones. Principios rectores y cuestiones generales	492
<i>1. Principios para la determinación de los peajes y cánones</i>	494
<i>2. Peajes y cánones de los servicios básicos de acceso a terceros. Aspectos generales</i>	495
<i>A. Condiciones generales para la determinación y aplicación de los peajes y cánones. Obligaciones y derechos de los titulares de las instalaciones</i>	498

<i>B. Peajes y cánones de los servicios básicos.....</i>	<i>499</i>
a. Peaje de regasificación.....	499
b. Peaje de transporte y distribución.....	501
c. Peajes aplicables a contratos de duración inferior a un año.....	502
d. Peaje de transporte y distribución interrumpible	503
e. Peaje de tránsito internacional	504
f. Peaje de trasvase de GNL a buques y de buque a buque.....	506
g. Peaje aplicable al suministro de GN realizado a partir de acometidas o líneas directas con plantas de regasificación incluidas en la red básica	506
h. Canon de almacenamiento subterráneo de gas	507
i. Canon de almacenamiento de GNL.....	508
<i>C. Facturación aplicable a las liquidaciones de los peajes y cánones.</i>	<i>508</i>
3. Del suministro a tarifa a las denominadas tarifas de último recurso.	509
<i>A. El régimen de suministro a tarifa. Evolución del régimen regulatorio</i>	<i>509</i>
a. Elementos generales para el cálculo de las tarifas	512
b. La actualización de las tarifas.....	514
c. Condiciones generales para la determinación y aplicación de las tarifas. Obligaciones de las empresas transportistas y distribuidoras y comercializadoras con respecto a la facturación de las tarifas.	515
d. Precio de cesión de gas natural a otros transportistas y a los distribuidores en el mercado a tarifa.....	516
e. Tarifa de gas natural para su utilización como materia prima	517
f. Tarifa de suministro de GNL a plantas satélites. Una tarifa liberalizada.....	519
<i>B. Las tarifas de último recurso.....</i>	<i>519</i>
a. Elementos generales para su cálculo.....	520
b. Calendario de adaptación del sistema tarifario al suministro de último recurso	521
c. Facturación del suministro a tarifa pendiente	521
4. Obligaciones de los transportistas, distribuidores y de los consumidores en relación con los equipos de telemedida	522
5. Impuestos y tributos.....	523
VI. Retribución de las actividades reguladas del sector	524
1. Evolución de la normativa. Instrumentos normativos utilizados para su regulación.	525
2. Retribución a los transportistas.....	528

<i>A. En general, sobre la retribución de las actividades de regasificación, almacenamiento y transporte. Descripción del modelo vigente.....</i>	<i>529</i>
<i>B. Instalaciones incluidas en el régimen retributivo.....</i>	<i>531</i>
a. Instalaciones de transporte	531
b. Instalaciones de regasificación.....	532
c. Instalaciones de almacenamiento	532
<i>C. Supuesto de apertura de nuevas instalaciones de regasificación, almacenamiento y transporte. Procedimiento de concurrencia o adjudicación directa.....</i>	<i>533</i>
a. Instalaciones de Transporte	535
b. Instalaciones de regasificación.....	536
c. Almacenamientos subterráneos incluidos en la red básica.....	536
d. Instalaciones con características técnicas especiales	538
<i>D. Supuesto de modificación de instalaciones existentes. Ampliación de la instalación.....</i>	<i>538</i>
<i>E. Supuestos de cierre o finalización de su vida útil de instalaciones de transporte.</i>	<i>539</i>
<i>F. Retribución a los transportistas por la actividad de gestión de compra-venta de gas destinada al mercado a tarifas.</i>	<i>540</i>
<i>G. Retribución de las estaciones de regulación y medida (ERM).</i>	<i>541</i>
<i>H. Retribución del servicio de trasvase de GNL a buques y de buque a buque.</i>	<i>541</i>
<i>I. Retribución del Gestor Técnico del Sistema.....</i>	<i>542</i>
3. Retribución a los distribuidores.....	543
<i>A. Retribución por la actividad de distribución. Criterios para su fijación.....</i>	<i>544</i>
<i>B. Inclusión de nuevas empresas en el régimen de retribución.....</i>	<i>547</i>
<i>C. Retribución específica para mercados emergentes o aislados. Requisitos y condiciones</i>	<i>547</i>
<i>D. Retribución al distribuidor por la actividad de suministro del gas a tarifa</i>	<i>550</i>
<i>E. Régimen de derechos de alta, alquiler de contadores y derechos de acometida</i>	<i>551</i>
a. Derechos de alta y otros servicios	553
b. Derechos de acometida	554
4. Obligaciones de información a efecto de cálculo de la retribución respectiva.....	554
VII. Cobro y liquidación de tarifas, peajes y cánones.....	556

1. Actividades sujetas a liquidación.....	557
2. Procedimiento de liquidación	558
3. Ingresos y costes liquidables.....	559
4. Períodos de liquidación.....	559
5. Las cuotas con destinos específicos	560
6. Sistema de pagos e ingresos a cuenta	562
A. Inspección y comprobación.....	563
B. El «Sistema de información sobre facturaciones y consumo del sector del gas» (SIFCO).	563
CAPÍTULO SÉPTIMO EL CONTROL DEL SECTOR. LA CNE Y EL SISTEMA GASISTA.....	565
I. Planteamiento general	565
II. La autoridad reguladora en la normativa comunitaria. Directivas del gas. Hacia una autoridad regulatoria europea.	566
III. Los mecanismos de supervisión y control del sector.....	570
1. La intervención administrativa a través de las potestades de inspección y sanción en el sector del GN.	571
2. Las potestades de CORES y ENAGAS y en relación con el control del sistema. El ejercicio de potestades públicas.....	573
IV. El ente regulador del sistema gasista en la LSH: la Comisión Nacional de Energía (CNE).....	575
1. Naturaleza jurídica y composición. Ente adscrito al Ministerio de Industria Turismo y Comercio.	577
2. Garantías orgánicas y funcionales	579
A. La independencia orgánica	579
B. Garantías Funcionales	582
3. Objeto y funciones de la CNE en relación con el sector gasista.....	587
A. Función de propuesta e informe	588
a. Informes sobre el desarrollo reglamentario	590
b. En el proceso de planificación energética.....	591
c. Sobre los expedientes de autorización de nuevas instalaciones energéticas	592
d. Informe sobre el grado de desarrollo de la competencia.	593
B. Funciones relacionadas con el derecho de la competencia. La CNE y el Servicio de Defensa de la Competencia	594
a. Velar por el respeto de los principios de la libre competencia	594
b. Autorización de adquisición de participaciones. Supuestos y causas de denegación.	597

c. Informar sobre las operaciones de concentración de empresas o toma de control de una o varias empresas energéticas.....	601
d. Limitación a la participación en más de un «operador principal» y de un «operador dominante».....	602
iii. La función de la CNE. El procedimiento de autorización	607
<i>C Función de resolución de conflictos.....</i>	<i>609</i>
a. Conflictos relacionados con la gestión técnica del sistema.....	610
b. Conflictos relativos al acceso de terceros a las redes.....	611
c. Sobre la distribución competencial en materia de resolución de conflictos de ATR	613
<i>D. Funciones relativas al sistema económico integrado</i>	<i>616</i>
<i>E. Funciones de vigilancia respecto de instalaciones, sujetos y actividades. Tratamiento de la información recabada en el ejercicio de sus funciones.....</i>	<i>618</i>
<i>F. Función de supervisión.....</i>	<i>620</i>
<i>G. Iniciación e instrucción de expedientes sancionadores. Asignación de la competencia al efecto.</i>	<i>622</i>
<i>H. Órgano arbitral.....</i>	<i>623</i>
4. Potestad normativa. Necesidad de habilitación expresa.....	625
CONCLUSIONES.....	627
BIBLIOGRAFÍA.....	645
I. Libros y Revistas	645
II. Informes y resoluciones de la Comisión Nacional de Energía	684
A. Informes y resoluciones sobre conflictos de acceso a las redes del sistema.....	684
B. Informes sobre propuestas de resolución de autorización de instalaciones	687
C. Informes de seguimiento de las infraestructuras gasista e instrumentos de planificación.....	689
D. Informes sobre el régimen económico (desarrollo normativo).	690
E. Informes sobre el régimen de actividades del sistema gasista.....	694
F. Informes sobre derecho de la competencia	699

ABREVIATURAS

ATR	Acceso de Terceros a la Red
AGE	Administración General del Estado
BOE	Boletín Oficial del Estado
CA	Comunidad Autónoma
CATR	Conflicto de Acceso de Terceros a las Redes
CCAA	Comunidades Autónomas
CDGAE	Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos
CDM	Consumidores Directos de Mercado
CE	Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978 (BOE de 29-XII-78)
CNE	Comisión Nacional de la Energía
CNC	Comisión Nacional de la Competencia
CORES	Corporación de Reservas de Productos Petrolíferos
DA	Disposición Adicional
DF	Disposición Final
DG	Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 98/30/CE (Directiva del Gas)
DGPEM	Dirección general de política energética y minas
DMIGAS	<i>Directiva del mercado interior del gas.</i> Directiva 98/30/CE, del Parlamento y del Consejo, de 22 de junio de 1998, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural (DOCE, Serie L, de 21 de julio de 1998)
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOCM	Diario Oficial de Castilla-La Mancha
DOE	Diario Oficial de Extremadura
DOG	Diario Oficial de Galicia
DOGC	Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya
DOGV	Diario Oficial de la Generalitat Valenciana
DSS	Directiva 2004/67/CE del Consejo, relativa a unas medidas para garantizar la seguridad del suministro de gas natural
DT	<i>Disposición Transitoria</i>
Ed.	Editorial
ERM	Estación de Regulación y Medida
GLP	Gases Licuados del Petróleo
GNL	Gas Natural Licuado
GrTS	Gestor Técnico del Sistema

LBRL	<i>Ley de bases de régimen local.</i> Ley reguladora de las bases del Régimen Local, aprobada por Ley 7/1985, de 2 de abril (BOE de 3-IV-85).
LDC	<i>Ley de Defensa de la Competencia</i> , de 3 de julio de 2007 (BOE de 4-VII-07)
LEF	<i>Ley de Expropiación Forzosa</i> , de 16 de diciembre de 1954 (BOE de 17-XII-54)
Ley 50/1998	<i>Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social</i> , de 30 de diciembre de 1998 (BOE de 31-XII-98)
Ley 53/2002	<i>Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social</i> , de 30 de diciembre de 2002 (BOE de 31-XII-02)
Ley 24/2005	<i>Ley de Reformas para el Impulso a la productividad</i> , de 18 de noviembre de 2005 (BOE de 19-XI-05)
LG	<i>Ley del Gas</i> de 1987 (derogada)
LI	Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria (BOE de 23-VII-92)
LRJPAC	<i>Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común</i> , aprobada por Ley 30/1992, de 26 de noviembre (BOE de 27-XI-92) y reformada por Ley 4/1999, de 13 de enero (BOE de 14-I-99)
LSOU	<i>Ley sobre régimen del suelo y Ordenación Urbana.</i> Real Decreto Legislativo 1/1992 de 26 de junio. Texto refundido de la Ley sobre el Régimen del suelo y Ordenación Urbana (BOE de 30-VI-92, rect. BOE de 24 VII-92 y 13-II-93)
LSH	<i>Ley del sector de hidrocarburos.</i> Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de Hidrocarburos (BOE de 8-X-98)
MIE	Mercado Interior de la Energía
MINECO	Ministerio de Economía
MITC	Ministerio de Industria Turismo y Comercio
OCS	Oficina de Cambios de Suministrador
OM	Orden Ministerial
<i>op. cit.</i>	obra citada
p.	Página
pp.	Páginas
RAE	Real Academia Española
RAP	<i>Revista de Administración Pública</i> (Centro de Estudios Constitucionales)
RCNE	Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la CNE, modificado por el Real Decreto 3487/2000, de 29 de diciembre (BOE de 12-I-01)

RD 942/2005	Real Decreto 942/2005, de 29 de julio, por el que se modifican determinadas disposiciones en materia de hidrocarburos (BOE de 3-VIII-05)
RD ATRSEI	Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto, por el que se regula el acceso de terceros a las instalaciones gasistas y se establece un sistema económico integrado del sector del gas natural (BOE de 7-IX-01)
<i>RDC</i>	<i>Revista de Derecho Comunitario</i>
RD-SUR	Real Decreto 1068/2007, de 27 de julio, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector del gas natural.
RD-L 6/1999	Real Decreto-ley 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia (BOE de 17-IV-99)
RD-L 6/2000	Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios (BOE de 24-VI-00)
RD-L 5/2005	Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de Reformas Urgentes para el Impulso a la Productividad y para la Mejora de la Contratación Pública (BOE de 14-IV-05)
<i>REDA</i>	<i>Revista Española de Derecho Administrativo</i> (Civitas)
<i>REDETI</i>	<i>Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red</i> (Montecorvo)
Reglamento (CE) 1775/2005	Reglamento (CE) 1775/2005, de del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de septiembre de 2005, sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural.
RLSH	Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se Regulan las Actividades de Transporte, Distribución, Comercialización, Suministro y Procedimientos de Autorización de Instalaciones de Gas Natural (BOE de 31-XII-02)
<i>RVAP</i>	<i>Revista Vasca de Administraciones Públicas</i>
SEI	Sistema Económico Integrado
SIEG	Servicios de Interés Económico General
SG	Sistema Gasista
ss	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TCE	Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de 25 de marzo de 1957 (Texto consolidado publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea, núm. C 321, de 29 de diciembre de 2006)

TDC	Tribunal de Defensa de la Competencia
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TRRL	<i>Texto refundido de régimen local.</i> Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (BOE de 22-IV-86)
TS	Tribunal Supremo
TUE	Tratado de la Unión Europea de 2 de febrero de 1992 (Texto consolidado tras la aprobación del Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997)
OM	Orden Ministerial
Vid.	Véase

INTRODUCCIÓN

Los procesos de liberalización que se han planteado en los sectores económicos como respuesta a la adaptación al Derecho Comunitario han generado modificaciones relevantes en la estructura de los mismos. Consecuentemente, son necesarios cambios de la misma magnitud a nivel de la regulación.

En el marco de los Tratados, los Estados miembros de la Comunidad Europea han decidido las líneas generales de actuación para la creación del MIE y a través de la legislación derivada, más precisamente de las Directivas, han definido las pautas a seguir para la creación de un Mercado Interior del GN. Ciertamente, los márgenes de actuación que se deducen de la legislación europea, en aplicación de los principios que la rigen, son amplios. De ahí que, avanzar en dicho proceso requiere de prolongados periodos de tiempo y del análisis y revisión de conceptos y procedimientos.

En el caso del sector del GN en España se ha optado por un proceso de privatización de las empresas del sector, acompañado de la despublificación del mismo. Por otro lado, esto ha coincidido con el acelerado crecimiento del GN y su posicionamiento como una de las fuentes energéticas más importantes en el balance energético nacional, convirtiéndose en la principal fuente de generación de energía eléctrica. Finalmente, ha coincidido también con la creación de la CNE como entidad reguladora de la energía y de nuevas formas de regulación y autorregulación. Todos estos cambios a su vez van asociados a la transformación del papel del Estado ahora más relacionado con esta función, la de regulador. No obstante, en sectores como el que aquí se estudia aún es difícil delimitar dicha función. La diferencia parece ser clara, pero si se analizan las técnicas, no siempre resulta coincidente.

De esta manera, los procesos de liberalización planteados están poniendo en evidencia una transformación en el papel del Estado cuya intervención activa como resultado de los procesos de privatización se reduce de un lado, a la vez que se refuerza de otro. En consecuencia, también se amplía la esfera de acción de la iniciativa privada de los individuos. Estado y mercado se complementan.

La transformación que se plantea es profunda, no obstante, no en pocas ocasiones, las respuestas son las tradicionales. El sector del GN resulta muy ilustrativo de dicha

situación, pues la importancia estratégica del mismo obliga a una presencia contundente del Estado. Las modificaciones introducidas en la regulación para llevar a cabo el proceso de cambio de un mercado monopolístico y reservado al que surge de la adaptación a los Tratados, regido por la libre competencia con las modulaciones propias de los sectores de interés económico general son una muestra de ello.

A través del estudio detallado de la organización y control del sector del GN, contenido en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos se plantea un análisis de los cambios más relevantes introducidos en la Ley con el propósito de examinar el alcance real de los mismos al tiempo que se plantea un estudio crítico de la forma como se han llevado a cabo. Se pretende determinar el papel del Estado y las formas de actuación de la administración en este sector que resulta del régimen vigente.

Desde esa perspectiva se enfoca el estudio que se presenta a continuación: *Organización y control del sector del gas natural*. El objetivo general de este estudio es realizar un análisis crítico del sistema del GN concebido por la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos y su desarrollo reglamentario. Se intenta delimitar cuáles son los alcances del proceso de despublificación y consecuente liberalización planteados. Y determinar en qué medida ha cambiado el papel del Estado y las técnicas de intervención administrativa tradicionales desaparecen, se transforman, o incluso se refuerzan.

Así pues, se parte de los objetivos específicos que se desarrollan en cada uno de los siete capítulos en que se estructura el estudio. En el primer capítulo se realiza una aproximación histórica del objeto del estudio, con el objetivo de proporcionar un conocimiento de las raíces de las técnicas de intervención administrativa que se han utilizado en el sector, así como de las realidades que las han acompañado, especialmente en cuanto se refiere a la configuración del sector empresarial de los combustibles gaseosos. Todo ello sin pretender nada más que un acercamiento a los hitos que han marcado el sector a lo largo de su existencia. Asimismo, se estudia el proceso de construcción de una política energética comunitaria desde los Tratados fundacionales, y específicamente la creación del mercado interior europeo del GN. Este capítulo proporciona las claves de interpretación de la realidad actual. Es un capítulo más bien descriptivo.

En el capítulo segundo se intenta delimitar el marco teórico y conceptual sobre el que se trabajará el resto del estudio. En éste se concreta el alcance de los conceptos que se utilizan como instrumentos para desarrollar el tema objeto de análisis. En este capítulo se abordan, entre otros aspectos, algunas consideraciones generales sobre el combustible alrededor del cual se estructura el régimen jurídico en estudio, que si bien van más allá de la esfera jurídico-administrativa, resultan fundamentales para la comprensión de su régimen jurídico. Además, se recoge la normativa comunitaria vigente que tiene incidencia sobre el sector del GN. Finalmente, se realiza un breve análisis introductorio sobre los objetivos generales planteados por la LSH y las técnicas de introducción de la competencia utilizadas por la misma planteándose una visión general sobre el esquema presente y de futuro del sector del GN, que se pretende alcanzar en un mercado de gas plenamente liberalizado.

A partir de las cuestiones generales expuestas en el capítulo segundo, se estructuran los restantes cinco capítulos del estudio. El capítulo tercero contiene un análisis de lo que se ha denominado: el régimen de establecimiento y cese de las actividades en el sector gasista, que se traduce básicamente en el examen del régimen de habilitación para la actuación de los sujetos. Se parte de la descripción de las instalaciones que conforman el sector y que constituyen la base indispensable para la realización de las actividades. En este capítulo se analizan los títulos habilitantes establecidos para la actuación en el sector como técnicas de intervención que se identifican con los servicios en monopolio y liberalizados respectivamente. Además, se estudian los procedimientos de autorización de las infraestructuras, así como los derechos de ocupación del dominio público. Se estudia también el procedimiento para la habilitación de los sujetos que realizan la actividad de comercialización, una actividad nueva, la única cuyo sujeto autorizado no precisa poseer instalaciones propias. Finalmente, se hace referencia al requisito de registro de las instalaciones y de los sujetos.

Los capítulos cuarto, quinto y sexto contienen el régimen jurídico al que se deben sujetar los actores del sistema para su permanencia en el sector. El capítulo cuarto comprende el análisis del régimen jurídico de las actividades, y el estatuto jurídico de los agentes del sector, con especial referencia a las técnicas de introducción de la competencia, relativas a la separación –jurídica, contable, funcional- de las actividades, como uno de los presupuestos más importantes para el funcionamiento del mercado en

régimen de libre competencia. Se examina además el régimen de las obligaciones de mantenimiento de existencias mínimas y diversificación de las fuentes de aprovisionamiento, uno de los puntos débiles del sistema gasista debido a su dependencia de terceros países. El capítulo cuarto abarca también el estudio del régimen jurídico del consumidor. La clasificación de éstos a partir de la creación de dos tipos de mercados: el regulado y el libre y la transición al mercado liberalizado y a la tarifa de último recurso. Así como, un examen sobre la garantía y la seguridad del suministro como finalidad última del sistema.

El régimen de acceso de terceros es el tema objeto de estudio del capítulo quinto. En éste se examina la configuración de la técnica de «acceso de terceros a la redes» (ATR), sus orígenes y su naturaleza jurídica. Asimismo, se analiza el procedimiento establecido al efecto de la utilización por parte de terceros de las redes del sistema. Las normas de gestión técnica del sistema, su elaboración y el papel de Gestor técnico del sistema, así como, determinadas formas de autorregulación.

El capítulo sexto comprende un estudio sobre el régimen económico del sistema, el denominado: Sistema Económico Integrado (SEI), que al igual que el sistema de ATR viene determinado, básicamente, por la normativa comunitaria, en especial por los trabajos realizados por el denominado «Foro del Gas Madrid» dada la relevancia de este factor para el funcionamiento del mercado interior europeo del gas. La complejidad técnica de esta materia delimita el propio estudio, es decir, se realiza un análisis que no va más allá de las formulaciones generales sobre el tema y sobre los instrumentos normativos utilizados para regularlo.

Una fuente fundamental para analizar las dificultades prácticas del proceso de liberalización, dada la no muy abundante doctrina jurídica sobre el sector del GN, lo constituyen los informes de la CNE. Al estudio de esta Comisión se dedica la mayor parte del capítulo séptimo, sobre el control del sector, que se complementa con un breve análisis de las competencias atribuidas a las distintas autoridades reguladoras sobre el control, inspección y sanción. De la manera descrita se plantea el estudio sobre la organización y control del sector del GN.

Finalmente, deben realizarse algunas observaciones de carácter metodológico. El estudio se realiza desde un enfoque transversal, ello provoca que el objeto de estudio sea materialmente muy amplio. No obstante, deben considerarse dos cuestiones. La primera, de carácter temporal, pues la vigencia real de la LSH se reduce significativamente con respecto a la fecha de su promulgación. La segunda, que dicho enfoque, proporciona una visión de conjunto sobre del sector en estudio que permite dimensionar mejor cada uno de sus elementos y consecuentemente valorar mejor los diversos aspectos al momento de plantear conclusiones sobre el tema, especialmente considerando que si bien los estudios realizados en otros sectores constituyen una fuente importante conocimiento sobre el proceso de liberalización, cada sector tiene sus propias peculiaridades, las cuales, como es obvio, impiden una generalización sobre las características de los procesos llevados a cabo en cada uno de ellos. En cualquier caso, los de este carácter en el sector del GN son muy escasos, a diferencia de otros sectores como el eléctrico, o el de las telecomunicaciones.

CAPÍTULO PRIMERO.
LA CONFORMACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE INTERVENCIÓN
ADMINISTRATIVA EN EL SECTOR DE LOS COMBUSTIBLES GASEOSOS
Y SU EVOLUCIÓN.
APROXIMACIÓN HISTÓRICA

I. Planteamiento

El conocimiento de los antecedentes históricos del tema objeto de estudio, tanto desde la perspectiva de la conformación de las técnicas de intervención administrativa como de la configuración empresarial del sector, ambas estrechamente ligadas, constituyen una base fundamental para la comprensión de la realidad actual del mismo. Por tal motivo, este capítulo más bien descriptivo, pretende abarcar los hechos relevantes ocurridos en la historia del servicio de suministro de gas desde su aparición, su régimen jurídico administrativo, así como la configuración de un sector industrial en torno a este combustible. Una aclaración es necesaria. El combustible gaseoso que en la actualidad tiene mayor participación en el balance energético español es el gas natural, al cual se avoca esta investigación. No obstante, no es éste el que antaño se utilizó para el alumbrado público -el llamado gas ciudad- alrededor del cual se configuró el marco jurídico que se ha heredado hasta fechas recientes y que deja aún sentir su influencia, pese a la ruptura que se ha pretendido operar con la vigente Ley del Sector Hidrocarburos de 1998.

A efectos sistemáticos este capítulo está dividido en tres partes, cuyo criterio de ordenación predominante es el cronológico. En la primera, se aborda el estudio de las técnicas de intervención utilizadas para actuar sobre de una actividad industrial que por el contexto de su surgimiento –siglo XIX-, en principio, debía quedar excluida de la intervención de los poderes públicos, dada la ideología política imperante, no obstante lo cual, a través de varias décadas, fue objeto de diversas formas de intervención que van desde los controles de policía administrativa a la gestión directa del servicio por parte de las Administraciones Locales y que terminan por constituir, formalmente, la categoría de servicio público de gas.

La segunda parte abarca el período histórico comprendido entre la publicación del servicio y el ingreso de España en la Unión Europea. En esta etapa, las transformaciones a nivel científico y tecnológico, propician la aparición de dos nuevos tipos de gas, que son precisamente los que predominan en la actualidad: los gases licuados del petróleo (GLP) y el gas natural (GN). Este hecho genera que su industria se convierta en objeto de muy diversas formas de intervención: la creación de empresas públicas y los planes nacionales energéticos son dos ejemplos significativos que a su vez, dan lugar a nuevos marcos normativos. En el caso de los GLP su regulación estará vinculada al entonces monopolio del petróleo, siguiendo un rumbo distinto del que tomará el GN, que requerirá de un marco normativo propio, no sólo por su relevancia como fuente energética primaria, sino debido a las tendencias económicas de entonces dando paso a la que se plantea como la tercera parte. Esta última parte está marcada por el ingreso de España en la Comunidad Europea y paralelamente, por el inicio del proceso de liberalización en el marco de la misma. La adopción de todo el acervo comunitario tanto como el impulso de las políticas de privatización del Gobierno de entonces, desembocan en la despublificación del servicio de suministro de gas, y su nueva configuración como actividades que se ejercen en el marco de la libre competencia.

II. Primera parte: el origen de las potestades de intervención administrativa y el sector del gas.

1. Introducción

Antes de entrar a estudiar propiamente el régimen del gas en sus inicios, es necesario acotar el contexto de su surgimiento. Al respecto, de manera general, debe señalarse que a principios de siglo XIX el gas manufacturado llegó a constituir una fuente energética importante que proporcionó grandes ventajas en la época¹, no obstante, su apogeo duraría relativamente poco al ser desplazado por la electricidad en el que constituía su

¹ Sobre la historia de la industria del gas pueden consultarse especialmente: MARTOS DE CASTRO, F., Aportación para una historia de la industria del gas en España, en *Economía Industrial*, núm. 104, Madrid, 1972, pp. 33-52; FERNÁNDEZ GARCÍA, J. J., *Definición de servicio público: su aplicación al problema de suministro de gas*, Ed. Aranzadi, Madrid, 1984, p. 227; y, VELA, A., *El gas como alternativa energética*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, p. 15 ss.

principal uso: el alumbrado de las calles², que a su vez, estaba relacionado con el desarrollo de las ciudades de ahí que se le conozca también con el nombre de gas ciudad³. No obstante lo anterior, alrededor del gas ciudad se configuró la legislación que desplegó sus efectos hasta muy avanzado el siglo XX. Desde el punto de vista del derecho administrativo, la regulación del suministro de gas es fiel reflejo de los fenómenos acaecidos durante un siglo, pues no sólo es partícipe del nacimiento de la noción de servicio público sino también, testigo del desapoderamiento de los municipios de una competencia considerada suya por naturaleza. Precisamente por lo anterior, su estudio durante la primera etapa, generalmente, ha sido enfocado por la doctrina otorgando mayor atención a esa perspectiva⁴, y en menor medida a la referida estrictamente a la regulación del servicio en sí⁵. Visto desde el plano ideológico, es fiel reflejo de cuanto acontece en la vida política y de la forma como se instrumentaliza el propio derecho según los fines pretendidos.

Es así como, el servicio de suministro de gas nace en el seno de las competencias municipales donde permanecerá hasta las primeras décadas del siglo pasado. Sin embargo, los diversos cambios, sobre todo a nivel político-ideológico, que tienen su

² Como señala GARCÍA ENTERRÍA, E., «la primera y la más característica en un principio de las aplicaciones de la industria» en su obra de ineludible referencia en este tema, «El servicio Público del Gas», en *Problemas actuales de régimen local*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 2ª ed., 1986. p. 53-84.

³ El gas manufacturado o el gas ciudad es el combustible más clásico. Se produce básicamente a partir de materias primas como naftas y carbón, o a través del procedimiento de «craking» catalítico de productos petrolíferos. También puede producirse con gases licuados del petróleo y gas natural. Se distribuye a través de canalizaciones y debido a sus características físico-químicas su área de influencia es reducida, el término municipal por ejemplo, y de ahí su nombre de «gas ciudad». Sobre este tema se puede consultar: PÉREZ CAVA, F., «Estructura del sector de combustibles gaseosos en España», en *Economía Industrial*, núm., 248, Madrid, 1986, p. 57 y ss.; y, «Producción, distribución y consumo de combustibles gaseosos en España», en *Información Comercial Española*, 1978, p. 119-122.

⁴ Muy expresivo de ello resulta la ubicación de dos de los principales trabajos, de obligada referencia cuando se habla del servicio de gas: GARCÍA ENTERRÍA, E., «El servicio público del Gas», op. cit.; y, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., «Evolución y problemas actuales del servicio público de gas», *Tratado de Derecho Municipal*, t. II, dir. Santiago Muñoz Machado, Ed. Civitas, Madrid, 1988, p. 1495-1508. Además, MENÉNDEZ, P., «Una interpretación renovada de la reserva de servicios esenciales a favor de las Entidades locales (especial referencia a abastecimiento de aguas y suministro de gas)», en *REDA*, núm. 89, 1996, pp. 49-72.

⁵ Propiamente con respecto a las condiciones del servicio: FERNÁNDEZ GARCÍA, J. J., «Definición del servicio público: su aplicación al problema del suministro de gas», Ed. Aranzadi, 1984; DEL GUAYO, I., *El servicio público del gas*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 415.

reflejo en las leyes y estatutos municipales, van a determinar el traslado de dicha competencia al nivel estatal, no sin las críticas de la más calificada doctrina que encontró, tanto en la forma como en el fondo de este proceso, graves inconvenientes.

2. El servicio de suministro de gas en el contexto de la ideología liberal

La defensa de la libertad de industria y comercio⁶, principio rector de la ideología liberal imperante en el siglo XIX, y por lo tanto, la no intervención de los entes públicos en actividades económicas que se consideran reservadas a la esfera jurídica de los particulares, no hizo sino agilizar la mente de quienes observando cómo se gestaba un servicio de trascendental importancia para la vida colectiva consideraron necesaria, y puede decirse, estratégica, su intervención⁷. Surgieron de esta preocupación distintos poderes de intervención⁸ sobre una actividad que por su esfera de influencia era típicamente municipal pero que por su importancia fue seguida de cerca por la

⁶ Este principio está consagrado en la Constitución de Cádiz de 1812, por Decreto de 8 de junio de 1813 las Cortes de Cádiz declararon que: «los españoles y los extranjeros avecindados o que se avecinen en los pueblos de la monarquía podrán libremente establecer las fábricas o artefactos de cualquier clase que les acomode, sin necesidad de permiso ni licencia alguna, con tal que se sujeten a las reglas de policía adoptadas o que se adopten para la salubridad de los mismos pueblos».

⁷ El Profesor NIETO, A., en su estudio «Algunas precisiones sobre el concepto de policía» hace referencia a esta situación al referirse a la “policía liberal”: «El abuso de estas libertades (individuales) y las reticencias de la reacción imperial o borbónica hicieron pedazos el sueño de quiénes creían que con un trozo de papel, especialmente si era constitucional, pueden armarse barreras útiles frente a los intereses políticos de quienes ostentan el poder y disponen de la policía. Conviene insistir suficientemente en la difícil situación en que se encuentra aquí el liberalismo jurídico, atascado en unas contradicciones que le es imposible explicar: por un lado, una sustancia ideológica que le exige la afirmación –en la que aparenta creer– de que los fines del Estado son limitados, y por otro lado, una legalidad y una práctica administrativa que se extienden sin riberas a todas las actividades imaginables.», en *RAP*, núm. 81, p. 59.

⁸ Como ha señalado FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., «(...) toda la historia del Derecho administrativo es interpretable en su conjunto como un esfuerzo continuo, de búsqueda de nuevos títulos de intervención capaces de allanar el camino, no siempre expedito, a la Administración en su tarea de hacer frente y satisfacer las necesidades colectivas.» en, «Evolución y problemas actuales del servicio público de gas», *Tratado de Derecho...*, op. cit., p. 1495, siguiendo al profesor VILLAR PALASÍ, quien en su obra *La intervención administrativa en la industria*, señaló: «Las técnicas jurídicas actúan a modo de títeres en la continua farsa de creación del poder. Surgen para dar forma a una finalidad concreta, pero cortan propiamente el cordón umbilical con esta situación específica que las alumbró.» Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, p. 140.

Administración central. Diferentes títulos legitimadores constituyeron su fundamento: policía administrativa, dominio público y servicio público⁹.

A. El orden público y la policía urbana. El alumbrado de las ciudades.

El alumbrado de las calles de Madrid, deber que hasta entonces había correspondido a los particulares, se trasladó a la esfera del Estado mediante la Real Orden de 25 de septiembre de 1765¹⁰, se extendió luego a algunas capitales de provincia y finalmente, esta obligación se hizo extensiva a toda la península por Decreto de 16 de septiembre de 1834, con el propósito, según se lee en su preámbulo, de «que no carezcan por más tiempo del servicio de alumbrado público y serenos muchas capitales de provincia donde no está establecido; y con el fin de que este *ramo de policía urbana* pueda mejorarse en los pueblos donde existe hoy e introducirse en otros, que sin ser capitales de provincia están en el caso de disfrutar de las comodidades que ofrece (...)» (el subrayado no es del original).

En el marco de esa normativa general surge el alumbrado por gas. Su utilización para tales fines coincidió adicionalmente con el crecimiento de las urbes producida a su vez por los procesos de industrialización y, por lo tanto, con la generalización de necesidades colectivas que en esta etapa histórica atañen directamente al Municipio; especialmente en cuanto se refiere al mantenimiento del orden, a la «policía urbana» como ya lo apunta el Decreto de 1834 antes citado. En este mismo sentido, la Ley de Ayuntamientos de 1840 con las modificaciones introducidas por la de 1843, dispone en su artículo 70.2, la atribución de los Alcaldes de «*ejecutar todas las medidas protectoras de la seguridad personal, de la propiedad y de la tranquilidad pública*». Con estos objetivos estaban asociados directamente los servicios de alumbrado y con ellos la policía municipal, que en su concepción tradicional como es bien sabido,

⁹ Como subraya el profesor VILLAR PALASÍ: «Policía administrativa y servicio público fueron conceptos elásticos que la Administración liberal estiró hasta lo inverosímil, porque eran los fáciles resquicios que el formalismo liberal había dejado por cubrir.» *La intervención...*, op. cit., p. 204.

¹⁰ En este sentido, MEILÁN GIL, J. L., *La cláusula...*, op. cit., p. 55.

comprendía tanto la policía de bienestar como la de seguridad, según se conoce en la actualidad.¹¹

Es así como, en un primer momento, dada la importancia del alumbrado en el mantenimiento de la seguridad y la paz públicas, es decir, en el orden público, el suministro de gas era una actividad sometida a la policía administrativa, quedando su ejercicio en manos privadas¹². El Estado policial de entonces debía «*asegurar el orden público mediante una función de policía dejando la satisfacción de otras necesidades de la colectividad al libre juego de las fuerzas sociales*»¹³. En efecto, la primera norma específicamente relacionada con el gas que se conoce data de finales del siglo XIX. Es el RD de 28 de marzo de 1860, que en su artículo primero disponía la obligación de verificación y marca de los contadores de gas que se expendían al público, función que se atribuía al Ministerio de Fomento¹⁴.

B. El dominio público. La concesión demanial.

Por otro lado, la ocupación del dominio público necesaria para la construcción de las canalizaciones a través de las cuales se transportaba el gas, y consecuentemente, para la prestación del servicio, completaba el marco en el cual se movía la Administración municipal para intervenir en dichas actividades. A través de este mecanismo se aseguraba una «titularidad inmediata y plena»¹⁵ para luego, con base en ésta, plantear

¹¹ En este sentido, DEL GUAYO, I., *El servicio público...*, op. cit., pp. 29-33. Sobre el origen y evolución de la “policía” como técnica de intervención pueden verse: CARRO, J. L., «Policía y dominio eminente como técnicas de intervención en el Estado preconstitucional» en *REDA*, núm. 29, 1981, pp. 287-305; GARRIDO FALLA, F., «Las transformaciones del concepto jurídico de Policía administrativa» en *RAP*, núm. 11, 1953, pp. 11-12; y, NIETO, A., «Algunas precisiones sobre el concepto de policía» en *RAP*, núm. 81, 1976, p. 35-76.

¹² En este sentido, VILLAR ESCURRA, J. L., *Servicio público y técnicas de conexión*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, p. 60.

¹³ GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II., Tecnos, Madrid, 1989, p. 267.

¹⁴ Para el profesor GARCÍA ENTERRÍA, E., constituye el «germen de la primera competencia central sobre la materia aunque todavía sin afectar al núcleo del servicio propiamente tal; se trata únicamente de la policía tradicional de “pesas y medidas”», en *Problemas actuales...*, op. cit., p. 60.

¹⁵ Como señala, GARCÍA ENTERRÍA, E., «Actividad industrial y mercantil de los municipios», en *RAP*, núm. 17, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, p. 93.

las regulaciones del servicio a través de una concesión demanial¹⁶. Ante la inexistencia de una doctrina del servicio público, con base en la titularidad dominical de las vías urbanas que ostentaba el Ayuntamiento y que servían como sustrato a la construcción de la obra y a la prestación del servicio, se construyó la justificación para imponer condiciones sobre el mismo¹⁷. Esta unidad entre el dominio público sobre el cual se establece la actividad, este vínculo, el «*lien indivisible*»¹⁸, constituyó la clave para la intervención en el servicio en un Estado liberal, que en principio, debía reducir su actuación al aseguramiento de seguridad. De ahí que, en una primera etapa, en respeto a los principios de libertad de industria y comercio, fueron empresas privadas y en su mayoría extranjeras las que proporcionaron estos servicios a los ciudadanos. La compañía que se encargaba de su suministro se convertía en titular de una especie de privilegio público. La empresa actuaba como un «concesionario interpuesto»¹⁹, que conciliaba la ideología liberal y la inminente necesidad de la actuación del municipio, aunque no sin ciertas cargas. Sirva de ejemplo la establecida mediante RD de 24 de enero de 1905: «Instrucción para la contratación de los servicios provinciales y municipales», en cuyo artículo 33 se observaba, específicamente en referencia a los contratos de alumbrado, la obligación del contratista en la continuidad del servicio pese

¹⁶ Como ha señalado el profesor GARCÍA ENTERRÍA, E., «El concepto de concesión, en efecto, comenzó en el Derecho Administrativo sobre la idea matriz de la concesión de dominio público, y paralelamente sobre la idea de obra pública, entendida como obra realizada sobre las dependencias demaniales (...)» *El servicio...*, op. cit., p. 56.

¹⁷ En opinión de RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, T. R., «El éxito de este truco es tan grande que las Administraciones públicas, que inicialmente lo idearon para poder regular actividades económicas privadas sobre las que, en principio, no gozaban ni podían gozar de título alguno, una vez afirmada gracias a él su posición, no tuvieron prisa en sustituirlo por otra estructura conceptual menos precaria y más definitiva hasta fechas relativamente recientes (...)» en *Evolución y...*, op. cit., p. 1497.

¹⁸ Al respecto, señala GARCÍA ENTERRÍA, E., «el *lien indivisible*, la vinculación indivisible entre la ocupación del dominio, y la actividad material en el apoyada, jurídicamente un eco insólito, aunque efectivo, de la vieja confusión feudal *imperium* y *dominium*», *El servicio...*, op. cit., p. 58; y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., «El dominio público, la obra pública y el servicio público aparecen así en un primer momento confundidos y mezclados, unidos por una especie de *lien indivisible*, que contribuye a reforzar la consistencia de los distintos conceptos y a remediar o cubrir sus insuficiencias.» *Evolución...*, op. cit., p. 1496.

¹⁹ O «contratista interpuesto» como lo denomina ARIÑO, G., en el entendido de que el Estado no debe gestionar directamente los servicios «acudirá a la concesión como fórmula puente que le permita dirigir sin gestionar», en *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 346.

a la falta de pago en que pudiera incurrir el Ayuntamiento, imponiéndole el deber de avisar por escrito y con 30 días de antelación, de su intención de suspenderlo. Una manifestación de la prioridad del interés general frente al contrato entre las partes²⁰ que se traduciría en el otorgamiento al Ayuntamiento de la competencia formal sobre el servicio.

3. La asunción formal de la competencia por parte los municipios.

Pese a la evidente naturaleza municipal del servicio, la definición formal de la competencia a favor de los Ayuntamientos no se consagró sino hasta casi finales del siglo. Aunque en la práctica fueron éstos los encargados de autorizar las primeras instalaciones de gas que se conocen en España²¹, -en Barcelona y Madrid²²-. Fue la Ley Municipal de 20 de agosto de 1870²³ la que en su artículo 67 estableció: «*Es de exclusiva competencia de los Ayuntamientos la gestión, gobierno y dirección de los intereses peculiares de los pueblos, y en particular cuanto tenga relación con los objetos siguientes: 1º II empedrado, alumbrado y alcantarillado (...)*» No obstante, en el mismo texto normativo se encuentra una muestra del peso de la ideología liberal, su artículo 130 disponía: «*el Ayuntamiento no podrá atribuirse monopolio ni privilegio alguno sobre aquellos servicios sino en lo que sea necesario para la salubridad pública*». Con la misma redacción, se recogen estas disposiciones posteriormente en los

²⁰ Al respecto, DEL GUAYO, I., *El servicio...*, op. cit., p. 47.

²¹ En este sentido, MEILÁN GIL «En 1841 se adjudica a Don Carlos Lebón el alumbrado por gas de Barcelona y en 1848 aparece en Madrid», en *La cláusula de...*, op. cit., p. 21.

²² Es bien conocido que Barcelona es la primera ciudad en donde se ensaya el alumbrado por gas, por el catedrático de química don José Roura en su Casa Lonja del Mar, donde se alumbró con el primer farol de gas el Aula de Dibujo, en 1826, para luego pasar al alumbrado de sus calles a través de este combustible, gracias a su introducción por el francés Charles Lebón quien después de diversas negociaciones con la Diputación y el Ayuntamiento crea la «Sociedad Catalana para el Alumbrado de gas», en 1843, sociedad que en 1912 adopta la denominación de «Catalana de Gas y Electricidad, S. A.». En Madrid, en 1832, Fernando VII dispuso la instalación de una pequeña fábrica en el Campo del Moro, logrando la iluminación de la plaza de Oriente, Puerta del Sol y calles próximas de Arenal. A partir de aquí su utilización se fue extendiendo por las ciudades españolas más importantes. A final de siglo XIX, 59 distribuciones urbanas, 28 de ellas en capitales de provincia. MARTOS DE CASTRO, F., *Aportación...*, op. cit., pp. 33, 38 y 43.

²³ Según FERNÁNDEZ TORRES, M., «Esa Ley municipal es el punto de arranque de una intervención más profunda en el sector, de un reajuste en intensidad del régimen en que podía desenvolver el suministro», en: «El servicio público del gas», en *RAP*, núm. 86, p. 72.

artículos 72 y 137 respectivamente, de Ley Municipal de 2 de octubre de 1877²⁴. Desde entonces la titularidad de este servicio se atribuyó formalmente al municipio²⁵ en cuanto se refiere a la esfera pública aunque esta competencia se extendió paulatinamente, también a los particulares.

No obstante lo anterior, el municipio no ostentó, por mucho tiempo, la titularidad “delimitada”, podría decirse, de este servicio que participó en la configuración de las principales características del servicio público, como categoría singular, sobre la base de los conflictos planteados a raíz de la introducción de la electricidad.

En efecto, la existencia de las fábricas de este tipo de gas, una vez introducida la electricidad, fue muy precaria y empeoraría con la generalización del uso de los GLP que lo superarán, de manera importante, en cuanto a la generación de poder calorífico y la mayor pureza en la generación de residuos perjudiciales para los propios aparatos quemadores. Esta situación obligó a las fábricas a entrar en un proceso de reconversión para mejorar las condiciones de calidad del producto, el cual implicó cargas económicas que no todas fueron capaces de soportar, con la consecuente desaparición de las más pequeñas, en un proceso que se inicia en 1963²⁶.

4. La introducción de la electricidad. El conflicto planteado. La cláusula de progreso.

En la época de la Restauración, el «preludio del Estado interventor»²⁷, se planteó un conflicto entre los iniciales contratistas del servicio de alumbrado mediante gas y

²⁴ La Ley Municipal de 2 de octubre de 1877 autoriza al Ministro de Gobernación para publicar las Leyes orgánicas Municipal y Provincial, incorporando a su texto las reformas comprendidas en la de Ley 16 de diciembre de 1876, lo que da lugar a la Ley Municipal de 1877.

²⁵ Dado que como señala el profesor FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., la intervención del municipio en la industria «era de todo punto necesaria desde el momento en que el cliente natural de esa nueva industria recién nacida era, precisamente, la ciudad.» *Evolución...*, op. cit., p. 1496.

²⁶ Al respecto, *España y el mercado común*. Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona, 1971, pp. 172-174.

²⁷ Como la define el VILLAR PALASÍ, *La intervención...*, op. cit., p. 38.

quienes pretendían introducir la iluminación eléctrica²⁸, conflicto que como señala la doctrina se resolvió tempranamente en España²⁹. A finales del siglo antepasado, consecuentemente con la ideología liberal, ya se había optado por la defensa de la libertad de industria, en el sentido de no permitir la exclusividad ni los monopolios, como se había dejado sentado en las Leyes Municipales de 1870 y 1877, según se vio antes³⁰. La cláusula de progreso, como la define MEILÁN GIL, constituye una fórmula de «adaptación del Derecho administrativo a las exigencias de la evolución socio-económica»³¹, en este caso, del servicio público a las exigencias de la prestación del mismo respecto de los administrados, cuestión que se había consagrado en las contrataciones españolas. La cláusula de progreso sirvió como justificación para la inadmisión del derecho de exclusiva, pese a las alegaciones por parte de las compañías prestadoras del servicio en el sentido de que la tolerancia de una canalización paralela por parte de otra empresa haría inviable la recuperación de la inversión realizada y que, por lo tanto, ésta no debía considerarse un privilegio o monopolio abusivo sino «una condición propia de la índole especial del contrato»³².

²⁸ Sobre este tema en España y las diferentes soluciones dadas al conflicto entre el gas y la electricidad en los países europeos, es de cita obligada MEILÁN GIL, *La "Cláusula..."*, op. cit., p. 33 y ss. Especialmente, sobre la solución francesa JEZÉ G., *Principios Generales del Derecho Administrativo*, t. II, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1949, pp. 79-88. (traducción directa de la 3ª edición francesa por Julio N., San Millán Almagro.)

²⁹ En este sentido, MEILÁN GIL, J. L., *Progreso tecnológico y servicios públicos*, Thomson-Civitas, Navarra, 2006, p. 81 y ss.

³⁰ Esta tesis se observa en las siguientes resoluciones: de 17 de abril de 1877, de 11 de junio de 1879, en la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1894 y de 8 de enero de 1896, todas ellas recogidas en el apéndice del libro de MEILÁN GIL, J. L., *La "cláusula..."*, op. cit., 147-178.

³¹ MEILÁN GIL, J. L., *La "cláusula..."*, op. cit., p. 52.

³² En Francia, a diferencia de España, como explica el profesor MEILAN GIL, fue precisamente con base en esta justificación que se admitió la exclusiva, «el Consejo de Estado se mantuvo fiel a la interpretación estricta y tradicional de los contratos por razones no sólo doctrinales, sino también de carácter económico (proteger las inversiones de las compañías de gas). A lo largo del conflicto todos los esfuerzos, tanto del Consejo de Estado como de la doctrina, singularmente de Hauriou, se dirigirán a una interpretación adecuada del alcance de la exclusiva; pero el monopolio, en sí mismo, permanece como dato inalterable, como pie forzado. (...) El monopolio se configura primordialmente como un derecho de exclusiva de la explotación por parte de una compañía privada; el Municipio se compromete a no permitir que otra compañía haga competencia a la que contrató con él.» Posteriormente, esta solución se va modificando hasta que el derecho de exclusiva se transforma en un derecho de preferencia, al interpretarse, a partir de una cláusula de "meilleur éclairage", que la cláusula de progreso acompaña de manera implícita a todo

Posteriormente y al tiempo que empiezan a debilitarse los principios liberales, la jurisprudencia cambia su criterio para permitir el derecho de preferencia a favor de ciertas compañías concesionarias de alumbrado por gas, sin perjuicio de que los Municipios ensayen dicha actividad con otras fuentes de energía³³. Las Corporaciones Locales fueron las más afectadas por las soluciones adoptadas, ya que sus competencias se reducen considerablemente, pues ante los conflictos surgidos el Gobierno se reserva la facultad de autorizar nuevas canalizaciones en el caso de que se produzcan quejas contra la empresa³⁴.

La tendencia empieza a apuntar a la consolidación de los servicios públicos en régimen de monopolio. Una vez en el siglo XX y, especialmente, con la ampliación de la esfera de actuación de la administración que el Estado de bienestar propicia, la quiebra de los principios liberales es un hecho y se deja sentir en España a través de la aparición del fenómeno de las municipalizaciones.

5. Las Municipalizaciones. La gestión directa del servicio.

En España, el movimiento conocido como *municipalización*³⁵, tan ligado en sus orígenes al servicio de suministro de gas³⁶, hace su aparición en la primera década del

servicio público, queda así en libertad el Municipio para contratar con otra compañía. En, *La "cláusula..."*, op. cit., p. 35.

³³ Ello se observa en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1918, en la que se considera que el derecho de preferencia a favor, (en este caso de la Sociedad Catalana) en el supuesto de que se descubra un alumbrado más económico y útil que el del gas, no es un monopolio. Se acerca con esta decisión a la solución adoptada por Francia. «Empieza, lo que pudiéramos denominar el debilitamiento de la prohibición de exclusiva» MEILÁN GIL, J. L., *La "Cláusula..."*, op. cit., p. 64.

³⁴ En el contexto del contrato entre el Ayuntamiento de Sevilla y la empresa Catalana. Entre otros factores MEILÁN GIL, concluye: «El progreso se consigue en virtud de un traspaso de competencias de las Corporaciones locales al Estado» en, *La "cláusula..."*, op. cit., p. 51.

³⁵ Este movimiento es estudiado en profundidad en el momento de su aparición en España, por GASCÓN MARÍN, J., *Municipalización de servicios públicos*, Madrid, 1904.

³⁶ Este movimiento tuvo su origen en Inglaterra, en 1847, en donde se operó según MANZANEDO, J. A., una verdadera «transferencia al ente local de actividades reconocidas a la iniciativa privada; es decir se trata de una redistribución a escala local, del reparto constitucional entre sector privado y público» *Curso de derecho administrativo económico*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1970, p. 813. Pero, como ha señalado ALBI CHOLBY, F., «La preocupación por las municipalizaciones en España sólo se produce a raíz de publicarse la L. italiana de 29 de marzo de 1903. Antes de eso ni la

siglo pasado. Se ve impulsado como consecuencia de la crisis que en todos los órdenes produjo la Primera Guerra Mundial y ante las dificultades que implicaba el aprovisionamiento del carbón para las fábricas de gas³⁷, aunque tal fenómeno no es exclusivo de esta industria³⁸. Con este término se hace referencia a la gestión directa por parte de los municipios de los servicios públicos, por lo tanto, implica un cambio importante en el modo de prestarlos que conduce al abandono de la figura del concesionario interpuesto. La Ley Municipal de 1877 se interpreta ahora en el sentido de que no prohíbe las municipalizaciones³⁹ permitiendo con ello la ampliación de la esfera de los servicios económicos locales.

Por su parte, el Estatuto Municipal de 8 de marzo de 1924, mejor conocido como el Estatuto Calvo Sotelo, y su Reglamento de obras, servicios y bienes, de 14 de julio del mismo año, definieron finalmente el servicio de gas como uno de los que podía municipalizarse, además, con monopolio, en alusión precisamente al movimiento al que se ha hecho referencia. En apariencia, las facultades de los Ayuntamientos estaban siendo reforzadas.

legislación ni la doctrina advierte el menor indicio de esa inquietud. En los numerosos proyectos de reforma de la legislación municipal que se elaboraron durante el siglo XIX y en los dos primeros años del XX, la municipalización no existe, ni con esta denominación ni con otra que exprese una idea similar.» Esto no significa, como el mismo autor señala que los Municipios españoles no tuvieran a su cargo algunos servicios de carácter local, no obstante su esfera de acción constituía la peculiar esfera municipal: mataderos, mercados, cementerios, limpieza pública, «los tenían, indudablemente y de antiquísimo y castizo abolengo». *Tratado de los Modos de gestión de las Corporaciones locales*, ed. Aguilar, Madrid, 1960, p. 78. En cuanto a la industria del gas se refiere, en Madrid por ejemplo, la fábrica Madrileña se incautó en 1916 y hasta agosto de 1922, cuando se funda la sociedad “Gas Madrid, S. A.”, aunque en Valencia, ya en 1907, se había autorizado al Ayuntamiento para la producción y distribución del gas, mediante Real Orden de 23 de junio de 1907. En este sentido, *Tratado de los Modos...*, op. cit., p. 79.

³⁷ Ejemplo de ello es lo acontecido con la Compañía Madrileña de Alumbrado y Calefacción por Gas fue incautada en el año de 1916, realizando directamente el servicio la Administración municipal, y no fue sino hasta 1922 que, a partir de dicha compañía, se funda “Gas Madrid, S. A.”. MARTOS DE CASTRO, F., «Aportación...», op. cit., p. 44.

³⁸ Sobre las municipalizaciones en la industria eléctrica, vid. SALAS HERNÁNDEZ, J., *Régimen Jurídico administrativo de la energía eléctrica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia 1977, pp. 167 y ss.

³⁹ Como en su día señaló GASCÓN MARÍN, J., «Sin necesidad de ampliar sus disposiciones, interpretando natural, rectamente, el contenido de los artículos (...) puede sostenerse la posibilidad de municipalizar» en *Tratado Elemental de Derecho Administrativo*, t. II., Imprenta Clásica Española, Madrid, 1921, p. 185.

6. La declaración formal del servicio público del gas. El Real Decreto de 12 de abril de 1924.

Como culminación del aumento de la intervención en el sector se llega a la publicación de los servicios⁴⁰, con las trascendentales consecuencias que ello conlleva⁴¹ y que se distinguen en el propio Real Decreto de 1924 mediante el cual se generalizan las condiciones que caracterizan los denominados servicios públicos que, hasta esa fecha, sólo habían sido establecidas de manera particular en las respectivas concesiones. Esta declaración se justifica, según su preámbulo por *«las necesidades de la vida moderna y la exigencias de la industria (...) además, porque las Empresas de distribución necesitan ocupar terreno del dominio público del Estado, provincias y Municipios por lo que es razonable exigir, a cambio del derecho de ocupación que se les concede, condiciones que aseguren a los abonados un suministro regular»*. Como puede observarse en el texto citado, su condición de servicios públicos, entendidos ahora como una categoría singular desligada del dominio público aún no parece suficiente para realizar dicha declaración⁴². La teoría del *lien indivisible* continúa surtiendo sus efectos.

En ese orden de ideas, su artículo primero establece: *«Se declaran servicios públicos los suministros de energía eléctrica, agua y gas a los abonados de las empresas de distribución, correspondiendo al Ministerio de Trabajo, Comercio e Industria la reglamentación de tales servicios para garantía de la seguridad e intereses públicos,*

⁴⁰ En palabras del profesor VILLAR PALASÍ, J. L. «Con el acrecentamiento de las funciones estatales surgió la noción de servicio público, desligada de las anteriores, [se refiere a la actividad de fomento y de policía] como aquella actividad administrativa de prestación positiva, a través de un servicio técnico, regular y continuo, realizado para y frente al público por organización pública *nomine proprio* o por delegación.» en «La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo», en *RAP*, núm. 3, Madrid, 1950, p. 60.

⁴¹ Como explica el profesor VILLAR PALASÍ: «calificar de servicio público a una actividad implica la potestad administrativa para la dirección de la misma, para el mantenimiento de la continuidad en la prestación, para el manejo de las tarifas, la modalización del servicio, el mantenimiento del principio de igualdad de los usuarios y la llamada loi de changement», en *«La intervención...»*, op. cit., p. 264.

⁴² Como pone de manifiesto FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., «Es (...) el Real Decreto de 12 de abril de 1924, el que sienta definitivamente las bases del servicio público de gas (y del agua y de la electricidad) sobre el concepto de suministro, que es, precisamente la actividad a la que se refiere por vez primera la calificación formal de servicio público.» *Tratado de...*, op. cit., p. 1497.

sin perjuicio de las demás intervenciones que puedan corresponder a otros Departamentos, a las provincias y al municipio sobre las concesiones y contratos administrativos».

Entre las cuestiones que establece este RD de 1924 interesa destacar dos aspectos importantes. En primer término, pese a lo establecido en el Estatuto Municipal entonces vigente, el de 1924, que declaraba la competencia exclusiva del Ayuntamiento en esta materia, según se observa en el texto transcrito anteriormente, el citado Decreto otorga la función de reglamentación de tales servicios al Ministerio de Trabajo. Por lo tanto, aunque no estableció la competencia a favor del Estado, sí sirvió de punto de partida para una absorción de las competencias por parte de la Administración central en esta materia, en detrimento, claro está, de las competencias del Municipio⁴³. Esta situación se refuerza con lo establecido en los artículos 3º y 6º del mismo Decreto, que aunque referidos específicamente al régimen tarifario y a la potestad para la modificación de las tarifas del servicio, disponen una distribución de competencias entre las distintas esferas administrativas de la siguiente manera: *«La autorización de las modificaciones se concederá por los Ayuntamientos para las empresas cuyas instalaciones sólo afectan a un término municipal; por los Gobernadores civiles, en las que sólo afecten a una provincia, y por el Ministerio de Trabajo, Comercio e Industria, en los demás casos...»*. Un signo más del progresivo desapoderamiento del Municipio de las potestades que hasta entonces se consideraban por naturaleza suyas⁴⁴.

Por otra parte, esta declaración sienta el principio de igualdad, que continuaba plasmado en la LSH hasta antes de su última reforma, al declarar en su artículo 2º que: *«todas las empresas de distribución que disfruten de concesiones o autorizaciones administrativas*

⁴³ En este sentido, GARCÍA ENTERRÍA, E., «La jurisprudencia corroboró que este Real Decreto de 1924 respetaba la competencia municipal sobre el servicio del gas, sin perjuicio de la alta inspección del Estado.» en, *Problemas...*, op. cit., p. 63.

⁴⁴ Como ha puesto de manifiesto el profesor GARCÍA ENTERRÍA, E., «(...) ya se preuncia con toda claridad una crisis del hasta ahora pacífico sistema municipal» *Problemas actuales...*, op. cit., p. 63. Para el Prof. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., constituye «el germen de la estatalización progresiva del servicio, cuyos antecedentes se remontan a un viejo Real Decreto de 28 de marzo de 1860, sobre normas técnicas de verificación de contadores, crece así en el momento mismo en que por vez primera se afronta la regulación del mismo sobre bases autónomas, con el pretexto, como siempre, de las exigencias técnicas y de seguridad.» *Tratado...*, op. cit., p. 1498.

(...) *quedan obligadas a efectuar el suministro a todo abonado que lo solicite en tanto tenga medios técnicos para ello*»⁴⁵.

Otro aspecto relevante es que la declaración se refiere sólo al suministro, entendido como, la fase final de la entrega del gas al consumidor y por ello el citado RD sólo contiene disposiciones que afectan a las empresas distribuidoras, quedando las restantes actividades aún en la órbita del derecho privado, sin perjuicio de las facultades de policía⁴⁶ que le corresponden como titular del servicio y que se hacen efectivas mediante el otorgamiento de las concesiones y autorizaciones que constituyen los títulos bajo los cuales se configura el régimen que habilita el ejercicio de la actividad⁴⁷.

La publicación del servicio de suministro quedó así establecida en el Decreto de 1924 y bajo su regulación continuaría intacta durante más de treinta años: no obstante, en cuanto se refiere a la utilización de los combustibles gaseosos se inicia una nueva fase.

⁴⁵ Afirmación que sobraría ya que debería entenderse incluida en la declaración de servicio público no obstante, como señala FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., «La inercia de las viejas ideas es tan grande, sin embargo que (...) sigue insistiendo en ellas al establecer la obligación primera y fundamental de todo concesionario o empresa de servicios públicos de admitir a los mismos a todas las personas que los soliciten sin distinción, obligación que el parecer no se encuentra suficientemente asentada en la propia declaración de la actividad de suministro como servicio público y que por eso se refuerza con la apelación al viejo dato de la ocupación por el obligado del dominio público municipal.» Sobre este tema también, DEL GUAYO, I., *El suministro...*, op. cit., p. 55.

⁴⁶ Como señaló VILLAR PALASÍ, esta declaración de servicio público constituye: «El ejemplo más típico de *publicatio* con fines exclusivamente de control, sin finalidad de gestión directa», *La intervención...*, op. cit., p. 234.

⁴⁷ En el caso de las fábricas de gas ciudad, este régimen, no se cumplió en toda su extensión pues todavía en 1964, el Ministerio de Industria mediante Decreto 975/1964 de 9 de abril, fija los requisitos a cumplir por las fábricas de gas ciudad, que no tengan concesión administrativa, en los casos de cese del servicio. Incluso, en el Reglamento que vendrá en 1973, la disposición transitoria cuarta en su párrafo segundo señala: «Todas las empresas de servicio público de gas actualmente existentes que no cuenten con las autorizaciones y concesiones previstas en este Reglamento deberán solicitarlas en el plazo (...) transcurrido el cual serán declaradas clandestinas.»

III. Segunda parte. Un nuevo contexto político-ideológico. La introducción de nuevos combustibles y nuevas formas de intervención.

1. Introducción

En el contexto del auge del Estado de bienestar, se introducen nuevos combustibles gaseosos. Por un lado, los gases licuados del petróleo (GLP), cuyo uso se generaliza rápidamente provocando un cambio significativo en lo que hasta este momento había sido el consumo del gas ciudad; y por otro, el GN, con miras a convertirse en el gas predominante en el mercado, por sus ventajosas características en muchos aspectos, se inicia una nueva etapa. Las condiciones propias del almacenamiento, transporte y distribución de estas nuevas fuentes energéticas, y la nueva ideología se combinaron dando lugar a nuevas formas de intervención. La creación de empresas públicas es la primera de sus manifestaciones.

En el sector público, dentro del marco de la creación de empresas emprendida por el Estado, se constituyen las empresas que marcarán la pauta en el sector en estudio. La necesidad de dotar al país de la infraestructura adecuada para su utilización, cuestión ésta que por diversas razones que se explicarán luego, retardará el proceso aún cuando se constituye en una prioridad de los planes energéticos en esta materia, que a su vez, constituyen el principal instrumento con el que cuenta el Gobierno para la coordinación y ejecución de las políticas sobre los combustibles gaseosos y sobre la energía, en general, ya que adicionalmente, se empieza a notar la necesidad de diversificar las fuentes de energía y de asegurar el aprovisionamiento.

Consecuentemente, la normativa propiamente referida a la regulación del suministro se transforma, aunque de manera un poco tardía, y aun una vez que España ya se ha adherido a la Unión Europea se mantiene la publicación del servicio en la Ley del Gas que refleja todo el impulso que a través de empresas públicas y planes energéticos se ha dado al GN. No obstante, la Unión Europea transforma el panorama que dará inicio a una nueva etapa.

2. La transferencia al Estado de la competencia sobre el servicio público de gas. El Reglamento de 27 de enero de 1956. La legislación municipal entonces vigente.

Cuando, aparentemente, los Ayuntamientos van finalmente a consolidar su competencia sobre el servicio público del gas, se da un paso en sentido opuesto. Consecuencia de la progresiva influencia del modelo de centralización que venía dejándose sentir desde el siglo anterior⁴⁸ a través de la intervención del Ministerio en actividades que parecían no tener mucha trascendencia y, con el impulso final de la tendencia generalizada de intervención en la economía del período posterior a las guerras mundiales, caracterizada por Estados, en general, muy debilitados, se dio paso a la definitiva transferencia al Estado de las competencias relativas a este servicio público. Ésta se formalizó en el Reglamento de 27 de enero de 1956⁴⁹, que le atribuye definitivamente «la exclusiva competencia». A cuyo fin, establece su artículo primero: «Corresponde a la jurisdicción del Ministerio de Industria, con arreglo a la Ley de 24 de noviembre de 1939, la reglamentación e intervención en los suministros de gas declarado servicio público por D-Ley 12 de abril 1924». La citada Ley de 1939 era la Ley de Protección y Fomento de la Industria Nacional⁵⁰. El artículo segundo de dicha Ley recogía los criterios que servían de referencia para calificar una actividad como “industria” y en su artículo 3, las clasificaba incluyendo entre las industrias básicas para la economía nacional, las «a) Las destinadas total o parcialmente a servicios públicos». Por su parte, el artículo 4 establecía el requisito de la obtención de una concesión administrativa para la prestación de servicios públicos, a base de instalaciones industriales establecidas o por establecer.

Seguidamente, a diferencia del Reglamento de 1924, el de 1956, dejaba muy claro, en su artículo segundo, que la competencia a favor del Ministerio afectaba «a todas las

⁴⁸ Como señaló en 1955 el Profesor GARCÍA ENTERRÍA, E., «Todo el Derecho Administrativo es configurado desde una posición que podemos llamar «estatocéntrica» desde y en virtud de la consideración central del Estado, único protagonista del mismo.» Se estaba refiriendo a la influencia que tuvo la recepción del régimen napoleónico. *La actividad...*, op. cit., p. 91.

⁴⁹ A juicio de VILLAR EZCURRA, J. L., «un auténtico código sobre el servicio público de suministro de gas» *Derecho Administrativo*, Parte Especial, Civitas, Madrid, 1999, p. 395.

⁵⁰ Al respecto puede verse FERNÁNDEZ FARRERES, G., «Industria», en: «Derecho Público Económico», t. II, dir. Sebastián Martín Retortillo, La Ley, Madrid, 1998, pp. 407 y ss.

instalaciones, desde la fábrica productora de gas, hasta la utilización final de este fluido por los usuarios», eliminando cualquier duda que pudiera haber con respecto a un posible margen de poder en manos de los Ayuntamientos. Para finalizar, además, con una declaración rotunda en su artículo sexto: «Por corresponder privativamente al Estado la regulación total del servicio público de suministro de gas, no son de aplicación a este servicio los preceptos del Reglamento de Servicios Locales, de 17 de junio de 1955».

Para entonces estaba vigente Ley de Régimen Local, aprobada por Decreto de 24 de junio de 1955⁵¹ y el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales del mismo año, referido en el transcrito artículo 6º, pero ni una ni otro, constituyeron un obstáculo para transferir al Estado la competencia sobre el servicio, ya que como recuerda el profesor GARCIA ENTERRÍA, la equívoca fórmula utilizada por las Leyes Municipales al establecer expresión tan amplia: “fin” «no ha especificado esferas de privativa competencia municipal dentro de una «cláusula general de capacidad»; y por otra, el Reglamento de Servicios mencionado, que de cualquier forma no le era aplicable según se señaló, había derogado el Reglamento de Obras y Servicios de 1924, que era el que afirmaba expresamente la naturaleza municipal del servicio de gas.

Dicha transferencia ha sido duramente criticada por la doctrina⁵² básicamente por dos motivos. En primer lugar, por el injustificable desapoderamiento de los Municipios de un servicio tradicionalmente suyo no «solo por la titularidad sino también por su propia prestación»⁵³, ya que se considera que este traslado de competencias no aportó en su momento ningún beneficio ni para los usuarios ni para la industria, encontrando su

⁵¹ Mediante este decreto se aprobó el texto articulado y refundido de las Leyes de bases del Régimen Local de 17 de julio de 1945 y de 3 de diciembre de 1953.

⁵² En esa época, ALBI, F., señaló: «Estamos ante servicios que, a pesar de su evidente tradición municipalizadora, se hallan sometidos a una estricta tutela central, de cada día más acentuada (...) Este reglamento suprime, pura y simplemente, la competencia municipal sobre el particular determinada por el artículo 101-1 de la L.R.L., en su apartado d) (...) por otra parte, prohíbe, implícitamente, las municipalizaciones con monopolio (...) al determinar (...) que el establecimiento de nuevas industrias y la ampliación de las existentes se llevará a cabo, precisamente mediante concesión del Ministerio Industria, con reversión final al Estado», *Tratado de...*, op. cit., p. 185-186.

⁵³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Evolución y problemas...*, op. cit., p. 1496.

justificación en fenómenos externos como lo fueron las nacionalizaciones realizadas en esa época en Inglaterra y Francia, en donde el desbordamiento de la capacidad de los municipios para organizar ciertos servicios públicos, obligaba a ampliar los ámbitos de acción que había impulsado el fenómeno. No obstante, éste no parecía ser el caso español⁵⁴.

En segundo término, por el instrumento utilizado para realizar dicho traslado de competencias. El citado Reglamento de 1956, cuyo rango normativo, no era el más indicado para llevar a cabo una transformación de tal entidad⁵⁵. Pues aunque se amparaba en la Ley de 24 de noviembre de 1939, de Protección y Fomento de la Industria Nacional, al cual aludía expresamente su artículo primero, por lo demás, no identificaba ningún órgano específico encargado de la competencia de otorgar la concesión administrativa, que efectivamente exigía para la prestación de este servicio público.

Como ha puesto de manifiesto la doctrina, a partir de este Reglamento se distingue claramente entre las nociones de servicio público y dominio público⁵⁶. El servicio público constituye más decididamente una categoría diferenciada del dominio público, de ahí que, poca significación tenga la facultad excepcional que el artículo 6º del Decreto en estudio reconoce al Municipio al señalar que corresponde a éste el otorgamiento de las autorizaciones necesarias, sin perjuicio e independientemente de las

⁵⁴ El desbordamiento de la capacidad de los Municipios para organizar ciertos servicios públicos se estaba haciendo notar no era el caso español, como apunta el Profesor GARCÍA ENTERRÍA, E: «El Reglamento del gas de 27 de enero de 1956 es una norma gravemente imperfecta. Ha operado un traspaso de competencias desde la Administración Local a la Central no solo, a nuestro juicio, sin justificación verdadera, sino también en perjuicio mismo de las exigencias de planeamiento conjunto del servicio, que eran las únicas capaces de justificar, como ha ocurrido en los países nacionalizadores, una eventual estatización de competencias, aunque esta estatización haya implicado en el orden real de la organización una simple regionalización del servicio...» en *Problemas actuales...*, op. cit., pp. 83-84.

⁵⁵ GARCÍA ENTERRÍA, E. «El reglamento de 1956 no obsta a la vigencia plena de la Ley de Régimen Local y por tanto no es ilegal respecto de ella. Se limita a sustituir una anterior norma reglamentaria, el Decreto de 12 de abril de 1924, y para ello tiene el rango debido. Aunque la historia legislativa, que ya conocemos, aparezca condenarlo, un Reglamento ha sido suficiente para una tan significativa (...) privación de competencia municipal.», en *Problemas Actuales...* op. cit., p. 71.

⁵⁶ GARCÍA ENTERRÍA, E., «para postularse ahora la primacía de la regulación substantiva del servicio público en relación con el dominio público vinculado con él», en *Problemas actuales...*, op. cit., p. 73.

otorgadas por el Ministerio, para la «realización de las obras precisas en las calles y subsuelos de la ciudad afectada por el servicio»⁵⁷.

3. La situación del sector industrial de combustibles gaseosos hasta 1972.

Desde sus inicios el sector había estado marcado por la existencia de una vigorosa empresa «Catalana de gas y electricidad, S. A.», que nunca abandonó el ímpetu que desde su creación tuvo y que la llevó, en 1965, a intervenir en la creación de «Gas Natural, S. A.», participando en esta sociedad con un 36 por ciento de las acciones⁵⁸. Se creó con el objetivo de realizar la importación, tratamiento y distribución de gas natural a usuarios industriales. Fue precisamente esta empresa la que en 1969, con una concesión administrativa para el área de Barcelona, construyó la primera planta que entró en funcionamiento en 1971, capaz de recibir el gas natural licuado que importaba gracias a un contrato con la empresa Exxon que operaba en Libia⁵⁹, desde donde se traía en buques metaneros hasta su planta de almacenamiento y regasificación en el puerto de Barcelona, zona a la que se reduce, prácticamente, la incipiente penetración de este combustible. Este contrato se vio interrumpido poco después, durante más de un año, por incidentes ocurridos entre el gobierno Libio y la empresa Exxon, lo que anunciaba el grave problema que significaba depender de una sola fuente de aprovisionamiento⁶⁰.

⁵⁷ En este sentido, GARCÍA ENTERRÍA, E., «En efecto, la competencia municipal en cuanto a la ocupación del suelo público no puede ya, como ocurrió antaño, implicar competencia alguna sobre el servicio propiamente tal. Se ha operado ya, y ésta es una ganancia irrevocable para el Derecho Administrativo, la separación entre los conceptos de servicio público y dominio público.» en *Problemas actuales...*, op. cit., p. 72.

⁵⁸ La compañía «Gas Natural S. A.», fue creada en diciembre de 1965. La distribución inicial del capital era: 36% Catalana de Gas y Electricidad, un 35% EXXON Co., un 15% repartido entre los bancos Urquijo, Hispano Americano y Popular Español; y, un 14% de intereses privados. En 1972, Exxon Co., se desprendió de sus acciones y en la nueva estructura de su capital social aparece: Catalana de Gas, S. A., 53,5%, Banco Urquijo, Hispano y Popular, 32, 5%, y otros intereses privados 14%.

⁵⁹ Vid. MARTOS DE CASTRO, *Aportación para...*, op. cit., p. 51. Este aprovisionamiento de gas licuado se hace conforme a un contrato suscrito en consorcio con el ENI italiano, con el Gobierno de Libia, por una cifra global de 3.500 millones de metros cúbicos al año, de los cuales 1.100 correspondían a Gas Natural, S. A.; y, SÁNCHEZ PÉREZ, M., «El gas natural como fuente de energía», en *ICE*, núm. 414, 1968, p. 63.

⁶⁰ Sobre este tema, CENTENO, R., *La economía del petróleo y del gas natural*, Tecnos, Madrid, 1974, p. 312. En opinión de MARTÍN MATEO, R., también se patentizó «algo tan obvio como que estas vitales importaciones que afectan a un sector importante de intereses nacionales no podían dejarse en manos

Ante la situación descrita, esta misma empresa firmó un segundo contrato con la compañía Argelina Sonatrach. De manera que, Gas Natural, S. A., hasta este momento, operaba en toda la cadena del GN, constituyendo sin lugar a duda, la empresa más importante de este sector industrial.

En 1972 existían 29 fábricas de gas ciudad, pero todas con una escasa dimensión. En efecto, sólo dos, Catalana de Gas y Gas Madrid, tenían un peso importante⁶¹. Así mismo, la introducción del GN impulsó además, la conversión de las instalaciones existentes hasta entonces utilizadas para el transporte del gas ciudad, y su adaptación a las condiciones necesarias para el transporte del nuevo gas, en esta etapa desaparecieron una buena parte de estas pequeñas empresas ante la imposibilidad de afrontar los costes para adecuar sus instalaciones⁶².

4. La creación de empresas públicas en el sector de los combustibles gaseosos.

Como se mencionó antes, la creación de empresas públicas en este y otros sectores se sitúa en el período de la posguerra. La escasez de capital y de empresarios fueron factores que impulsaron al Gobierno a la creación de empresas públicas con forma mercantil⁶³. Es en esta etapa, cuando el Instituto Nacional de Industria (en adelante, INI⁶⁴), va a jugar un papel muy importante en el crecimiento del sector industrial, -

privadas.», *Nuevo derecho energético*, Instituto de estudios de la Administración Local, Madrid, 1982, p. 304.

⁶¹ Al respecto, CENTENO, R., *La economía del Petróleo y del...*, op. cit., p. 352.

⁶² Sobre este tema, especialmente referido al proceso sufrido por Catalana de Gas y Electricidad, S. A., puede consultarse: ROQUETA, J. M., «Reconversión industrial del sector gas ciudad a través de la disponibilidad de gas natural», en *Economía Industrial*, núm. 96, 1971, pp. 101-108.

⁶³ En este sentido, MARTÍN RETORTILLO, S., *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 237.

⁶⁴ Sobre el INI, a los efectos de este estudio, baste con recordar que fue creada por Ley de 25 de septiembre de 1941, con el objetivo según reza su artículo primero de «propulsar y financiar, en servicio de la Nación, la creación y resurgimiento de nuestras industrias, en especial de las que se propongan como fin principal la resolución de los problemas impuestos para las exigencias de la defensa del país o que se dirijan al desenvolvimiento de nuestra autarquía económica». Sobre la historia de este Instituto puede consultarse SCHWARTZ, P., GONZÁLEZ, M. J., *Una historia del Instituto Nacional de Industria 1941-1976*, Tecnos, Madrid, 1978. También, MARTÍN RETORTILLO, S., *Derecho Administrativo...*, op. cit., pp. 280-288.

especialmente notable en el sector de los combustibles gaseosos⁶⁵-, cual era el objetivo por el que fue concebido. El régimen jurídico de las empresas creadas por el INI se caracterizaba por su singularidad y particularidad. Cada empresa tenía su propio régimen y entre ellos, había pocos elementos en común. Razón que motivó su sometimiento a un proceso de reordenación marcado por importantes hitos⁶⁶ que sin embargo, no alcanzan a las empresas del sector de combustibles gaseosos. En el seno del INI, o a través de alguna de las empresas en las cuales participaba, tendrá lugar la creación de las que continúan marcando la pauta en este sector.

Posteriormente, en 1981, será el Instituto Nacional de Hidrocarburos, (en adelante INH), específicamente en este sector y en consecuencia, en el de los combustibles gaseosos, el que continuará la labor iniciada por el INI, aunque cambiando el rumbo que en un principio había sido marcado por éste, pues tanto el marco constitucional como la perspectiva habrán cambiado también. Para entonces está en proceso la integración de España en la Unión Europea y consecuentemente, la adaptación de las empresas del sector a la legislación comunitaria. Interesa de momento, conocer la situación de las principales empresas del sector.

A. La creación de BUTANO, S. A.

La primera empresa en el sector de los combustibles gaseosos tuvo lugar mediante Orden de 11 de junio de 1957, con la constitución de BUTANO S.A., cuyo capital fue suscrito en partes iguales por la Compañía Arrendataria del Monopolio de Petróleos, S. A. (en adelante, CAMPSA⁶⁷), en calidad de empresa privada y la Refinería de Petróleos

⁶⁵ No así en el sector de global de hidrocarburos ya que el monopolio de petróleo continuará bajo el ámbito del Ministerio de Hacienda.

⁶⁶ MARTÍN RETORTILLO, S., en su obra *Derecho Administrativo...*, op. cit., pp. 239-249, se refiere a cuatro hitos en el proceso de reordenación del sector público: la Ley de entidades Estatales Autónomas (LEEA), de 26 de diciembre de 1958, la Ley de Patrimonio del Estado (LPE), de 15 de abril de 1964, la legislación de los Planes de Desarrollo, con la consolidación práctica del principio de subsidiariedad, y la Ley General Presupuestaria (LGP), de 4 de enero de 1977, que realiza una tipificación de las empresas públicas y bajo la cual se crea el INH.

⁶⁷ CAMPSA fue constituida por Real Decreto-Ley 1141 de 28 de junio de 1927, de Creación del Monopolio de Petróleos, y en el Real Decreto 113 de enero de 1928. El primero publicado en el BOE de 30 de junio de 1927, y el segundo en la Gaceta de Madrid, de 12 de enero de 1928. Se organizó como una sociedad de derecho privado a la cual se arrendó inicialmente el monopolio de petróleo por 20 años. A su

de Escombreras (en adelante, REPESA⁶⁸), que representaba al INI entre otras compañías. De hecho, a partir de las refinerías de estas dos empresas, CAMPSA y REPESA, se habían iniciado los suministros con cierta regularidad unos años antes.

Esta sociedad tenía a su cargo la manipulación y distribución de los gases licuados del petróleo. En España, el consumo de GLP⁶⁹ data de 1934. En esta época, en su mayor parte son un producto importado desde Francia. Su poder calorífico es muy elevado y su empleo resulta muy cómodo por su fácil manipulación, pues una característica importante de este tipo de gas es que no se transporta a través de canalizaciones sino que llega al consumidor en envases, a diferencia del gas ciudad o incluso del GN. Por esta razón los usos domésticos constituyen su principal consumo. Los GLP se obtienen básicamente a partir de la destilación del petróleo crudo, esto es, en su fase de refino, de ahí que desde que se comenzaron a utilizar, su regulación se encuentra muy ligada a la de ese combustible. En 1955, las refinerías españolas comenzaron a producir este tipo de gas en cantidades significativas tanto que, sus excedentes se exportaban. Esta situación dio un giro completo con la creación de la empresa BUTANO, S. A., que logró generalizar su consumo en la década de los sesenta, entre otras razones por la escasa importancia que tienen entonces los gases manufacturados y la ausencia de

vencimiento se promulgó la Ley de 17 de julio de 1947, de reorganización del monopolio de petróleos, que en lo esencial mantuvo la situación anterior no obstante, se sustituyó el régimen por una concesión. Posteriormente en 1957 mediante Decreto-Ley de 5 de abril, se aclararon algunas normas de la ley de 1947, especialmente en lo referido al ámbito de las actividades que abarcaba el monopolio, ya que en esta última se habían excluido algunas actividades que dada la naturaleza fiscal del monopolio, ahora se consideraba importante cubrir. De esta manera, el artículo 2º lo delimitó así: «importación, manipulaciones industriales de todas las clases, almacenaje, distribución y venta del petróleo y de sus derivados en sus estados sólido, líquido o *gas*, salvo aquellas excepciones en cuanto a importación de primeras materias, manipulaciones industriales y almacenaje que el Gobierno haya acordado o acuerde, autorizando por Decreto el ejercicio de estas actividades, en forma concreta, a determinadas entidades públicas o privadas». Más adelante, con la creación del Instituto Nacional de Hidrocarburos, se someterá a nuevas transformaciones. Sobre este tema, pueden verse: HERNÁNDEZ, V., «El monopolio español de petróleos 1927-1991: un análisis descriptivo en el contexto de las características monopolísticas, fiscales, de gestión y estructurales», en *ICE*, núm. 670-671, Madrid, 1989.

⁶⁸ Esta empresa también fue creada por el INI, por Decreto de 28 de abril de 1959. Luego pasó a formar parte de la Empresa Nacional de Petróleo, S.A., ENPETROL.

⁶⁹ Se denominan gases licuados del petróleo, fundamentalmente, al propano y al butano. Aunque como señala CENTENO, R., «Esta denominación ya no resulta muy correcta, porque en las condiciones actuales de la técnica todos los gases son licuables, la única diferencia es que estos gases son licuables con gran facilidad, mientras que para otro tipo de gases se requieren técnicas muy especiales.» *Economía del petróleo y del gas natural*, Editorial Tecnos, Madrid, 1974, p. 280.

infraestructura adecuada para el consumo del GN⁷⁰. No obstante, cuando el desarrollo de la industria del GN es ya un hecho, el consumo de este tipo de gas continúa siendo muy importante en España, situación ésta que la distingue de la estructura de consumo de GLP de los países europeos.

Como se mencionó antes, debido a la inexistencia de normativa específica al respecto, y por su conexión directa con el petróleo, esta actividad quedó sometida al régimen del monopolio de este combustible⁷¹. El artículo segundo de su Orden de creación estableció la facultad de BUTANO S. A., «para realizar las operaciones de envasado, distribución y suministro, a particulares u organismos oficiales de gas butano, abonando al Monopolio un canon por unidad de gas.» Mediante Orden de 5 de diciembre de 1964, se le encomendó la distribución y venta de los gases propano y butano y otros, igualmente licuables, de origen petrolífero, independientemente de su utilización y empleo, así como cualquier otra actividad relacionada directa o indirectamente con el mismo objeto. Posteriormente su regulación se incluye en el Reglamento General de Servicio Público de Gases Combustibles de 1973, que se estudia más adelante. Mientras el suministro a pequeña escala lo efectuaba la empresa CAMPING-GAS.

B. La creación de la Empresa Nacional de Gas (ENAGAS).

En el campo del GN, los condicionamientos de la propia industria y la vulnerabilidad de los suministros⁷², impulsaron en buena medida la intervención por parte del Estado en la creación de una empresa que se encargara de llevar a cabo las inversiones iniciales para la construcción de la infraestructura requerida. Además, recuérdese que a nivel internacional se ha hecho más latente la necesidad de una diversificación de los aprovisionamientos de las fuentes de energía, entre las cuales se vislumbra el GN como

⁷⁰ En este sentido pueden verse, *España y el mercado Común...*, op. cit., p. 175-177; y, PÉREZ CAVA, «Estructura del sector de combustibles gaseosos en España», en *Economía Industrial*, núm. 248, p. 59.

⁷¹ Al respecto, *España y el mercado Común. Política energética*. Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona, Barcelona, 1971, p. 175.

⁷² Al respecto, GARCÍA ALONSO, J. M., IRANZO MARTÍN, J., *La energía en la economía mundial y en España*, Ed. AC, Madrid, 1988, pp. 329-330.

una fuerte opción, ya que la imperante, en este contexto es el petróleo sujeto a constantes crisis.

La introducción del GN en España como energía primaria, es muy reciente y tardía con respecto a los países de Europa occidental. Este combustible se comenzó a emplear efectivamente, en la década de los setenta⁷³. Ello se puede explicar, entre otras razones, por la casi inexistencia de yacimientos de esta fuente energética en el territorio español, la lejanía geográfica de las principales zonas productoras y como consecuencia de ello, por la falta de incentivos para la construcción de las redes adecuadas y necesarias para su transporte y distribución⁷⁴, además de las dificultades existentes hasta 1964 para el transporte marítimo del GN, como se verá⁷⁵. Sin embargo, su penetración una vez desarrolladas ciertas instalaciones, objetivo de la creación de ENAGAS, ha sido muy significativa en los últimos años y sus proyecciones aún mayores.

Es así como, en marzo de 1972, mediante Decreto 623/1972, se autoriza al INI para la creación de la «Empresa Nacional de gas, S. A. (ENAGAS)» con el objetivo, según lo dispuesto por su artículo primero, de «realizar, por sí o por medio de Empresas en cuyo capital participe, cualquier actividad industrial o comercial relacionada con el gas natural y el gas ciudad. Esta Empresa será el instrumento para la adquisición en el interior del país o en los mercados exteriores, así como para la importación, cuando estas operaciones sean realizadas por el Estado, de los gases a que se refiere el párrafo anterior».

Este mismo Decreto estableció que el Ministerio de Industria sería el encargado de determinar el trazado y las características de la red nacional básica de gasoductos, y que

⁷³ Se utilizó por primera vez en 1963 pero en cantidades casi simbólicas que procedían del campo petrolífero Castillo, donde aparecía como gas asociado al crudo que de allí se extraía. Las primeras importaciones se iniciaron en 1969. BADOSA PAGÉS, J., «Gas natural en España», op. cit., p. 88.

⁷⁴ En 1979, sólo existían 69 kilómetros de gasoductos de transporte y el consumo de este tipo de gas se limitaba básicamente a una zona próxima a Barcelona. Vid. FANJUL, O., «La empresa pública en el sector de hidrocarburos», en *Papeles de Economía Española*, núm. 38, Madrid, 1989, p. 330.

⁷⁵ A ello habría que añadir las favorables condiciones de precio y cantidad que hasta 1973, presentó el mercado del petróleo. En este sentido, GARCÍA ALONSO, J. M., e IRANZO MARTÍN, J., *La energía en la economía mundial y en España*, Ed. AC., Madrid, 1988, p. 329.

en caso de acometer también su construcción y explotación, lo haría a través de ENAGAS, S. A. Dada la elevada inversión que requería y la poca rentabilidad que suponía esta actividad, durante los primeros años, resultaba poco atractiva para el sector privado. Como sí lo era la posibilidad de construcción y explotación de las redes secundarias y las de distribución, las cuales, precisamente, se encargaron a las empresas privadas, a condición de obtener la respectiva concesión de ese Ministerio. No obstante, el Gobierno se reservaba la posibilidad de hacerlo directamente en dos situaciones: en defecto de la iniciativa privada o en el caso de estimar «la existencia de un interés nacional que aconseje que tales operaciones sean realizadas por dicha Empresa» (se refiere a ENAGAS, Art. 3º)⁷⁶.

En este contexto, ENAGAS se convierte en el principal instrumento que tiene el Estado para realizar la política de ordenación de dicho sector⁷⁷ y que se traducen en importantes transformaciones que dan lugar a un nuevo marco normativo.

5. Un nuevo marco normativo para el sector de los combustibles gaseosos: el Reglamento general del servicio público de gases combustibles de 1973.

La necesidad de incluir los nuevos tipos de combustibles gaseosos ante su eminente crecimiento y de romper con la fragmentación de la legislación reguladora⁷⁸ de éstos, se encuentra plasmada en el Decreto 2913/1973, de 26 de octubre, de lo cual es expresivo su título: «Reglamento general del servicio público de gases combustibles». Mediante éste se pretende actualizar la normativa entonces vigente, es decir, el Reglamento de 1956 y consecuentemente, ratificar la titularidad del servicio a favor del Estado.

⁷⁶ Lo cual supone, en opinión de MARTÍN MATEO, «un plus a la solución privatizadora del servicio», en *Derecho...*, op. cit. p. 307, y en el mismo sentido, FERNÁNDEZ TORRES, *El servicio público...*, op. cit., p. 92.

⁷⁷ En este sentido, BADOSA PAGÉS, J., «Gas Natural...», op. cit., p. 105.

⁷⁸ En este sentido, FERNÁNDEZ TORRES, M., señala: «Esta diversidad patente de tipos de gases utilizados para los distintos usos que de él se hace, constituye una poderosa razón para la existencia de un régimen jurídico diversos que podríamos llamar “fragmentado”. También es decisivo a este respecto el carácter “ocasional” y contingente de la legislación sobre el tema, que sigue a la evolución de la técnica como el cazador a la pieza, viéndose las más de las veces superada por su velocidad (Esto es lo que ha ocurrido con el gas natural)», en «El servicio público del gas», en *RAP*, núm. 86, pp. 78 y 113.

Este nuevo Decreto comprende los diferentes tipos de gas cuya utilización ha sido propiciada por las innovaciones tecnológicas que además, las hacen susceptibles de usos industriales y no sólo domésticos como había sido la generalidad hasta ese momento, así como de las diversas posibilidades de suministro a través de canalizaciones, envasado o a granel. No obstante, y sin obviar el mérito que entonces tuvo por la actualización que supuso, este Reglamento se quedaría otra vez desfasado, ya que en ese momento, apenas se empezaban a vislumbrar los importantes cambios en el sector producidos por la introducción del GN y la creación de ENAGAS en 1972, pues los efectos de su creación eran aún muy recientes y no se habían hecho notar.

Por otra parte, el período de crisis energética⁷⁹ que se vivía entonces modificaría de manera importante el contexto en el que el Reglamento había sido elaborado, no obstante lo cual, su preámbulo señala: «es necesario actualizar el citado Reglamento, poniendo sus preceptos de acuerdo con la situación presente y futura del sector y agilizando y simplificando en la medida de lo posible la normativa que regula la función de ordenación, intervención y vigilancia que le compete al Ministerio de Industria de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto-Ley de 12 de abril de 1924 y en la Ley de 24 de noviembre de 1939».

En relación con los títulos habilitantes para el ejercicio de la actividad, el Reglamento de 1973 establece un régimen de concesiones y autorizaciones a cargo del Ministerio de Industria sin perjuicio de las de competencia municipal necesaria para la realización de las obras de instalaciones de gas.

En este Reglamento se incluyó un capítulo al régimen de tarifas y precios en el cual por cierto, exceptúa a los GLP, a los que se refiere como los «gases monopolizados» y que por lo tanto deben regirse por el monopolio de Petróleo (art. 55).

⁷⁹ Sobre este tema y en general sobre las crisis del petróleo, CENTENO, R., *El petróleo y la crisis mundial*, Alianza universidad, 1982, p. 500, y DE LA RICA BASAGOITI, J. M., La evolución de los mercados de petróleo como condicionantes de la coyuntura económica mundial, en *Boletín de estudios Económicos*, Vol. XLIV, núm. 137, agosto 1989, pp. 201-225.

Una característica particular de este Reglamento es la introducción de una serie de definiciones sobre aspectos propios del gas y su tratamiento⁸⁰. Entre ellas interesa resaltar las de suministro, conducción y distribución, ya que a partir de ellas se configura el régimen de concesiones y autorizaciones, en el sentido de la claridad que proporciona en cuanto a las actividades que se someten a dicho régimen.

Otro aspecto relevante introducido en este Reglamento es la integración de la legislación en materia de contratos que se había promulgado en ese entonces, -la Ley de Contratos del Estado, en su texto articulado, aprobada por Decreto de 8 de abril de 1965 y de su Reglamento aprobado por Decreto de marzo de 1973- específicamente en lo relativo al «contrato de gestión de servicios públicos» a cuya normativa se remitía para llenar los vacíos de la regulación propia del Reglamento, lo cual supuso la tecnificación de la figura concesional⁸¹. Adicionalmente, incluyó una serie de normas relativas a la seguridad del servicio y de las instalaciones en consideración a los graves accidentes que tuvieron lugar en el momento cercano a su promulgación y que influyeron en la consideración de la prestación de este servicio público por parte de empresas privadas⁸². Finalmente, un modelo de contrato de suministro que continuó siendo utilizado incluso, bajo la vigencia de la Ley del Gas de 1987, que le sucede⁸³.

Este Decreto ha ido siendo derogado, a través de derogatorias parciales su vigencia se ha prolongado incluso después de la promulgación de la LSH.

⁸⁰ Es una práctica parecida a la que llevan a cabo en la actualidad las directivas comunitarias.

⁸¹ En este sentido, FERNÁNDEZ TORRES, M., *El servicio...*, op. cit., p. 115.

⁸² En la época en que sucedieron estos accidentes se estaba realizando el proceso de conversión de las instalaciones de gas ciudad para el uso del gas natural y la empresa Catalana de Gas, la más fuerte del sector, realizaba el suministro en los lugares donde sucedieron dichos accidentes por lo que se llega incluso a plantear su cierre, haciéndose necesaria la intervención del Ministerio de Industria para que el clima negativo creado en contra de Catalana, no acabara paralizando la expansión del gas natural. Otra medida fue la creación de ENAGAS. Sobre este tema en detalle, FERNÁNDEZ GARCÍA, J. J., *Definición de servicio público...*, op. cit., p. 81; MARTÍN MATEO, R., *Ordenación del sector público en España*, Civitas, pp. 332-334; FERNÁNDEZ TORRES, M., «El servicio público del gas», en *RAP*, núm. 86, 1978, pp. 53 y ss.

⁸³ Un estudio detallado sobre este tema, GONZÁLEZ SALINAS, J., «Naturaleza Jurídica y posición del consumidor en el contrato de suministro de gas», en *La protección jurídica del ciudadano, Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, t. III, Civitas, Madrid, 1993, pp. 1857-1912.

Posteriormente, con la intención de estimular el crecimiento de este sector, mediante Real Decreto 1350/1976, de 7 de junio, se declaró de interés preferente las actividades de abastecimiento, producción, almacenamiento, conducción y distribución del gas natural, que proporciona a las empresas interesadas un plazo de 10 años para acogerse a los beneficios de expropiación forzosa, reducción de impuestos y libertad de amortización de las instalaciones durante los primeros cinco años. Aspectos que se incluirán más tarde en la propia legislación del gas.

6. La planificación energética.

Una vez creadas las empresas y con un cierto despertar de las industrias surge la necesidad de coordinar y dar coherencia a sus acciones y políticas⁸⁴. Esta situación generó la aparición de los planes energéticos no obstante, y aunque ya existían planes de desarrollo en áreas específicas⁸⁵, la planificación energética global se hizo esperar pese a su evidente necesidad en un contexto de dispersión de las actuaciones de las empresas del sector y la indudable relevancia de la política energética en la actividad económica general⁸⁶.

En cuanto se refiere a la planificación energética global, a largo plazo, en España, hay que señalar que, según relata la doctrina, carece de antecedentes con anterioridad a la

⁸⁴ Sobre este tema, en general, pueden consultarse, sus antecedentes más remotos en MARTÍN-RETORTILLO, S. «Antecedentes del concepto de plan y su referencia a la legislación de fomento del siglo XIX», en *RAP*, núm. 49, 1966, p. 39 y ss. y del mismo autor, *Derecho administrativo Económico*, t. I, p. 326-427. También BASSOLS COMA, M., La planificación económica, en *El modelo económico en la Constitución Española*, Vol. 2., Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981, p. 235-462; BERMEJO VERA, J. *Derecho Administrativo. Parte especial*, 3ª edición, Civitas, Madrid, 1998, p. 861-897 y específicamente, sobre la planificación energética en España, GARCÍA ALONSO, J. M., *La energía en España*, Banco Atlántico, Madrid, 1981, p. 235-243.

⁸⁵ En efecto existió por ejemplo, un «Plan de electricidad 1954-1963» y en 1972 «Plan nacional de electrificación rural» y de hecho conviven con el PEN el «Plan acelerado de construcción de centrales de carbón», el «Plan de reconversión de refinerías», el «Plan de sustitución de fuel-oil por carbón en el sector cementero».

⁸⁶ Pues como señala VILLAR PALASÍ, «la planificación es solamente una cierta manera de adoptar decisiones y medidas que se refieren al bienestar de una sociedad en vías de evolución rápida. Todo Gobierno (...) debe adoptar cada día decisiones innumerables y extraordinariamente complejas. Pero la planificación se esfuerza en dar a cada una de esas decisiones un carácter más racional, habida cuenta del porvenir, de los recursos disponibles, de las realidades del presente y de las eventualidades ulteriores.» *La intervención administrativa...*, op. cit., p. 64.

crisis de 1973, «únicamente dentro de la planificación indicativa de los años sesenta se detectan algunos indicios de plan energético que carecían de coordinación intersectorial»⁸⁷. El impacto producido por esa crisis energética pone de manifiesto la necesidad de diversificar las energías primarias utilizadas para disminuir la vulnerabilidad de un sector de suprema importancia. Básicamente se consideraba necesario reducir la dependencia del petróleo y del exterior. Dos cuestiones que siguen vigentes en la actualidad.

A. Sobre la naturaleza jurídica y procedimiento de aprobación de los planes.

La naturaleza jurídica de los planes fue discutida por las referencias ideológicas que tuvo en sus orígenes⁸⁸. No obstante, tal discusión ha sido superada y condujo a lo que se entiende hoy como planificación y como fue entendida en la práctica para la elaboración de los planes energéticos nacionales, aunque sólo quedó plasmada así, hasta 1978, en el artículo 131 de la Constitución Española⁸⁹ que la reconoce como una potestad pública orientada al logro de los objetivos de interés general: «El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la riqueza y de la renta y de su más justa distribución». Aunque se refiere a la actividad económica general, ello no obsta para que se realice para sectores concretos⁹⁰.

Sin embargo, de acuerdo con el artículo transcrito, el hecho de requerirse ley formal para su aprobación ha provocado que la planificación se realice al margen de éste,

⁸⁷ IRANZO MARTÍN, J. «El sector energético español: realidades y posibilidades», en *Papeles de Economía Española*, núm. 21, Madrid, 1984, p. 278-279. La referida planificación indicativa por otra parte, como señalan: SCHWARTZ, P., y GONZÁLEZ, M. J., constituyó un instrumento útil para estimular la iniciativa privada a partir de los recursos del Estado, replanteando en alguna medida, el papel que se le había asignado a la empresa pública. *Una historia...*, op. cit., p. 104.

⁸⁸ VILLAR PALASÍ, J. L., *La intervención administrativa...*, op. cit., pp. 53-64.

⁸⁹ Sobre la planificación en los debates constitucionales, BASSOLS COMA, *La planificación...*, op. cit., p. 385 y ss.

⁹⁰ Así lo señaló el Tribunal Constitucional en sentencia 79/1983, de 5 de agosto, «puede (el Estado), a través de los planes previstos en el artículo 131 de la Constitución, fijar las bases de la ordenación de la economía en general y de sectores económicos concretos –dado que el art. 149.13 de la Constitución no establece límites en cuanto al contenido material de la planificación económica».

aunque los documentos se denominen «Plan». Ello puesto que al ser aprobados mediante ley, habría que considerar que tienen fuerza jurídica vinculante, constituyendo un sistema de derechos y deberes directamente aplicable que podría limitar la libre actuación de los agentes económicos, sean estos públicos o privados, dentro de los límites, claro está, del respeto de los derechos económicos, especialmente sobre el contenido esencial de la libertad de empresa, también consagrado en el artículo 38 CE en el cual encuentra su límite. Las importantes consecuencias que esto podría generar en la práctica, y el hecho de que restaría mucha flexibilidad a la planificación han suscitado que ésta se realice al margen del procedimiento establecido por la CE⁹¹. Se suelen tramitar por la vía del artículo 198 del Reglamento del Congreso de los Diputados de 1982⁹², cuyo procedimiento implica el debate sobre el contenido del plan propuesto por el Gobierno, para su posterior aprobación o no, mediante resolución adoptada por el pleno del Congreso de los Diputados, constituyendo en realidad, una “declaración política de principios e intenciones”⁹³, al cual se mantiene sometida su eficacia y en esa medida no son susceptibles de control por parte de los Tribunales, aunque sí por la Cámara al Gobierno⁹⁴.

No obstante lo anterior, la importancia de los planes radica, entre otras cuestiones, en la consideración de los mismos como una fuente de seguridad jurídica para los actores del sector, ya que proporciona la pauta sobre la actuación pública y además constituye un instrumento útil de interpretación de las medidas legislativas que puedan adoptarse en su desarrollo.

⁹¹ El propio Tribunal Constitucional ha interpretado que los requisitos procedimentales establecidos en ese precepto sólo son de aplicación a los proyectos de planificación global de la economía. Por todas véase, STC 96/1990 y comentarios sobre la doctrina del Tribunal Constitucional, MARTÍN RETORTILLO, S., *Derecho Administrativo Económico*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 373-377.

⁹² Título XI, Capítulo I. Del examen y debate de las Comunicaciones, programas o planes del Gobierno y otros informes.

⁹³ Como lo llama, BERMEJO VERA, J., *Derecho...*, op. cit., pp. 867-868.

⁹⁴ En este sentido, SALAS HERNÁNDEZ, J., *Energía*, en *Tratado...*, op. cit., p. 924.

B. Los combustibles gaseosos en los planes energéticos.

En el sector del gas natural, como en el de la energía, en general, debido a sus características específicas referidas a la elevada inversión necesaria para la construcción de las infraestructuras adecuadas para su almacenamiento, transporte y distribución, que además tienen la consideración de monopolio natural, los planes energéticos se han convertido en un instrumento muy útil con que cuenta la administración para intervenir impulsando de manera coordinada el desarrollo de las mismas y la coherencia entre las políticas empresariales⁹⁵. A través de éstos se han ido fijando las metas en este sentido y se ha determinado quién debe emprender dichas tareas.

Los planes nacionales energéticos muestran de manera clara la evolución del desarrollo del GN como fuente de energía, y el protagonismo que tomará el sector público a través de la empresa ENAGAS, en un contexto de política energética encaminada a asegurar la diversificación y con ella la seguridad del suministro.

a. El primer plan energético Nacional (PEN-75).

El primer plan de carácter global en esta materia es el Plan Energético Nacional⁹⁶, en adelante PEN-75⁹⁷, aprobado el 24 de enero de 1975 por el Consejo de Ministros. Éste comprendía un período de 10 años. No obstante, la situación de crisis que lo rodeó

⁹⁵ Según ha puesto de manifiesto MARTÍN MATEO, R., por esta época, «la descoordinación de la política energética produjo una situación ilógica y anormal, pues una empresa privada española, vendía sus excedentes de gas butano en el extranjero a precios inferiores que los que BUTANO S. A., se había comprometido a pagar y se había autorizado a Gas Natural, S. A., a importar Gas desde Libia, en tal cantidad que produciría excedentes de butano», *Ordenación del sector...*, op. cit., pp. 329.

⁹⁶ En este sentido, DE LOS RÍOS RODICIO, A. A., *La política energética Española...*, op. cit., p. 117. En opinión de MARTÍN MATEO, R., «este plan tiene una importancia notable en cuanto que aborda con mayor precisión técnica las previsiones de desarrollo de la demanda energética y las instalaciones a realizar, fijando criterios en cuanto a las características de éstas y de sus emplazamientos. Supone pues un hito importante en el desarrollo energético del país» *Nuevo Derecho Energético*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982, p. 50; también, ALONSO GARCÍA, J. M., *La energía en España...*, op. cit., p. 236.

⁹⁷ En la literatura relativa a los planes energéticos nacionales se nota una discordancia en relación con la denominación que se otorga a cada uno de ellos, aunque hay coincidencia en cuanto a las siglas «PEN», al referirse al año algunos autores anotan el año en que se propuso y otros el año que se aprobó. Aquí se opta por utilizar siempre el año de su aprobación. VELA, A., *El gas como...*, op. cit., p. 412.

repercutió de manera importante en el hecho de que las previsiones no fueron acertadas y las metas planteadas por ambiciosas, resultaron poco realistas⁹⁸, ello condujo a que sus efectos, en la práctica, fueran poco significativos y su existencia efímera. Este esfuerzo quedará en un intento de coordinación de las políticas existentes para cada fuente de energía, que procuraba darles mayor coherencia y con ello lograr mayor eficacia en la utilización de los recursos. Los años siguientes transcurrieron sin políticas energéticas concretas, y con diversos organismos públicos con influencia sobre el sector, lo que contrariamente a lo deseado contribuyó a agravar la situación de dispersión⁹⁹.

Específicamente en el caso de los combustibles gaseosos, a la fecha de elaboración de este primer plan, el GN, prácticamente no aparecía en balance del abastecimiento energético marcando una gran diferencia con los países del entorno, por razones que ya han sido señaladas. Sin embargo, en este plan se hace un análisis de la oferta de este combustible a partir de los contratos de aprovisionamiento exteriores que ya han sido firmados por empresas españolas y que constituyen lo que el plan denomina «oferta firme»¹⁰⁰: -Contrato Gas Natural S. A-Esso, por 15 años, con un volumen de contratación anual de 1.000 MM de m3. -Contrato Gas Natural S. A.-SONATRACH, por un volumen total de 23.000 MM de m3 duradera hasta 1991, y con unas cantidades anuales escalonadas desde 1975 hasta 1980. -Contrato ENAGAS-SONATRACH por 20 años, con un volumen de contratación total de 90.000 MM de m3, debiendo comenzar las entregas iniciales en el segundo semestre de 1978.

Al realizarse un ajuste entre la oferta y la demanda se descubre un déficit, por lo que se propone atender los consumos de interés prioritario distribuyendo el GN de acuerdo con los objetivos de interés nacional y, recurrir a los contratos suscritos para reducir en la

⁹⁸ En este sentido, GARCÍA ALONSO, J. M., e IRANZO MARTÍN, J., *La energía en la economía Mundial y en España*, Ed. AC, Madrid, 1988, p. 241.

⁹⁹ Al respecto, MARÍN QUEMADA, J. M., «El balance de energía: situación actual. Los planes energéticos», en *Situación*, núm. 2, Bilbao, 1987.

¹⁰⁰ La información está extraída del texto del *Plan Energético Nacional*, t. II, Ministerio de Industria, diciembre, 1974, p. 6.39 y 6.40.

medida de lo posible el déficit. Según este plan, la energía que debía tomar el protagonismo en el balance energético era la nuclear y en segundo lugar, el gas natural¹⁰¹, éste constituía una segunda alternativa debido a la afinidad de su precio con el petróleo, en constante crisis.

En lo relativo a las instalaciones, se realiza un cálculo de las inversiones necesarias para dotar al país de la infraestructura (estas inversiones se calculan en 27.800 millones de pesetas, el 54 % del costo lo constituyen los gasoductos, según el PEN), sin la cual no se podía pensar en el aumento del consumo de este tipo de gas. En cuanto a los GLP se refiere, se señala la posible disminución de su consumo por la penetración del GN y las inversiones más relevantes apuntan al aumento de la capacidad de almacenamiento, que ya se vislumbra como un grave problema, que perdura en la actualidad.

b. El plan energético Nacional de 1977-1987 (PEN-78).

En 1977, hay un segundo intento por realizar un plan energético. La crítica situación económica lo hacía imperante¹⁰². Es así como el Ministerio de Economía elabora el llamado «Programa de saneamiento y reforma económica», en él se reafirma la necesidad de una planificación energética coordinada y con objetivos similares a los del PEN 75, pero más realistas¹⁰³, se elabora el Plan Energético Nacional del 1977-87. Este Plan debido a diferencias en cuanto a la creación de un Ente Nacional Petrolero¹⁰⁴, nunca llegó a entrar en vigencia, aunque fue la base para la elaboración del Plan Energético Nacional de 1978 (PEN-78), el cual fue aprobado por resolución del Congreso de los Diputados en julio de 1979, sin embargo, no tenía la elaboración

¹⁰¹ Sobre este tema, DE LOS RÍOS RODICIO, A. A., *La política...*, op. cit., p.118.

¹⁰² Así se recoge en los «Pactos de la Moncloa», en el «Acuerdo sobre el Programa de saneamiento y reforma de la Economía», reconociendo la gravedad de la crisis energética que afectaba a España, “debida a la confluencia de tres factores: «El consumo excesivo de energía por unidad de PNB y el uso poco racional de la energía primaria. La escasez de recursos energéticos propios y la consiguiente dependencia del exterior. La incidencia de las importaciones energéticas en la balanza de pagos». Sobre este tema, VELA, A., *El gas como...*, op. cit., p. 412. y DE LOS RÍOS, RODICIO, A., *La política...*, op. cit., p. 245.

¹⁰³ IRANZO MARTÍN, J., *El sector energético español...*, op. cit., p. 279.

¹⁰⁴ Este ente es el que, en 1981, se constituye como el Instituto Nacional de Hidrocarburos (INH).

técnica del PEN-75 y aunque estuvo vigente durante tres años, no tuvo el mismo peso que aquél¹⁰⁵.

Uno de los aspectos a destacar de este plan es el mandato para la fijación de precios energéticos reales y la constitución de stocks estratégicos¹⁰⁶. Esta preocupación, que venía notando a nivel internacional -sobre el que la UE se pronunciará- va a ocupar un papel importante en todos los planes subsiguientes y que implica el impulso del GN.

Para esta fecha, la situación del GN prácticamente no había cambiado con respecto al Plan anterior. La falta de infraestructura adecuada para su transporte continuaba siendo un factor determinante que impedía que su participación en el abastecimiento energético se incrementara. Esta situación marcaba la más importante diferencia en relación con los demás países de Europa occidental¹⁰⁷. Ello se refleja en la conclusión 14 de este Plan, que decía literalmente: «debe potenciarse al máximo su introducción por ser un combustible de menor coste, en divisas, que el petróleo y mucho menos contaminante. De particular importancia en este subsector es el proyecto de construcción de un gasoducto submarino entre Argelia, Francia y España, que aportaría, caso de ser técnicamente viable, una fuente energética diversificada y permitiría la interconexión de la red española con las europeas. Asimismo deberá ponerse un especial énfasis en la exploración de esta fuente energética dentro del territorio nacional»¹⁰⁸

Este Plan sitúa a ENAGAS, como la empresa clave en el sector del gas natural por ser la propietaria de la planta de regasificación de Barcelona y de una red de transporte de 975 Kms., además se insiste en la necesidad de la pronta construcción de las infraestructuras requeridas.

¹⁰⁵ En este sentido, MARTÍN MATEO, *La ordenación...*, op. cit., pp. 50-52.

¹⁰⁶ Preocupación ésta que se venía notando a nivel internacional, de hecho la Comunidad Europea emitirá una recomendación al respecto. Este tema se estudia posteriormente.

¹⁰⁷ Al respecto, DE LOS RÍOS RODICIO, A. A., *La política...*, op. cit. p. 248.

¹⁰⁸ *Plan Energético Nacional*, Ministerio de Industria y Energía, 1978, p. 12.

En cuanto a los GLP, las regulaciones se establecen en una política conjunta del sector de hidrocarburos y prácticamente no se anotan aspectos específicos respecto de éstos con respecto al Plan anterior. Finalmente, en relación con los gases manufacturados, el Plan expone la existencia de 28 sociedades que distribuyen gas manufacturado, todas de escasa dimensión, con la excepción de Catalana de gas y Gas Madrid.

7. La transformación del sector industrial a partir de la creación de ENAGAS.

Por otra parte, la creación de ENAGAS, en 1972, propicia un cambio en la estructura del sector. Se reparten entre el sector público y el privado las distintas fases del ciclo del GN. En primer término, es el sector privado el que domina el sector, aún claro, cuando se trata de un sector reservado al Estado, es decir la actividad se desarrolla por empresas concesionarias, no obstante, poco a poco, se irá concentrando en el primero ya que como quedó establecido en el artículo primero de su decreto de creación, la empresa ENAGAS es «el instrumento para la adquisición en el interior del país o en los mercados exteriores, así como para la importación, cuando estas operaciones sean realizadas por el Estado». Ello unido al hecho de que las instalaciones de transporte se consideran un monopolio natural, tienen un resultado evidente. El artículo se refiere tanto al GN como al gas ciudad.

Además, entre las primeras acciones realizadas por ENAGAS estuvo la adquisición de la planta de gas natural licuado de Barcelona a Gas Natural¹⁰⁹. De esta manera, ENAGAS se subrogó en el contrato que ésta había suscrito con Medstand para la comercialización del gas Libio¹¹⁰ en 1973. ENAGAS firmó un nuevo contrato con Sonatrach que sustituía el que Gas Natural había firmado anteriormente con la empresa

¹⁰⁹ Sobre este tema, FERNÁNDEZ SANTAMARÍA, F., y LEIRADO CAMPO, J., «Gas Natural» en *Situación*, núm. 2, 1987, p. 100. Por otra parte, como apuntan SCHWARTZ, P., GONZÁLEZ, M. J., «Durante la presidencia de Ordóñez, el INI ejerció fuertes presiones sobre el Consejo de Ministros para que le concediera el monopolio de importación del gas, terminándose en este terreno con la actividad de Catalana de gas. La batalla política había adquirido graves proporciones (...) se llegó a un acuerdo con la Catalana, por el que esta cedía en condiciones ventajosas a ENAGAS la planta de gas natural que poseía en Cataluña, las concesiones para el transporte de dicho combustible en España, y los contratos suscritos con Libia y Argelia.» *Una historia...*, op. cit., p. 194.

¹¹⁰ FERNÁNDEZ SANTAMARÍA, F., y LEIRADO CAMPO, J., «Gas Natural» en *Situación*, núm. 2, 1987, p. 100.

Argelina, y que había sido cedido a ENAGAS en virtud de la operación de integración de la terminal regasificadora de Barcelona. De esta manera, quedaban en manos de ENAGAS prácticamente todas las fuentes de aprovisionamiento de este combustible, pues aunque la actividad no era privativa de ENAGAS, por razón de la propiedad de las instalaciones, prácticamente era el único que podía actuar.

De igual manera, conforme se fueron descubriendo algunos yacimientos en territorio nacional, (aunque no son significativos, como ya se mencionó) la compra del gas que producían también estaba encargada a esa compañía, si bien, ésta representaba un porcentaje mínimo en el aprovisionamiento nacional. La promulgación de la Ley 21/1974, de 27 de junio sobre investigación y explotación de hidrocarburos, que incluye tanto a los líquidos como los gaseosos, tuvo efectos positivos en cuanto al GN se refiere, ya que, creada con el afán de estimular dichas actividades para procurar un cierto grado de abastecimiento de estos combustibles, propició el descubrimiento en 1978 de dos yacimientos. Uno en el Golfo de Cádiz y otro en Serrablo.

En 1975 ENAGAS adquiere la empresa Gas Natural¹¹¹. De esta manera, queda concentrada en el sector público prácticamente toda la industria del gas. Además, inicia en 1976 la construcción de la red nacional de gasoductos entre Barcelona, Valencia y Vascongadas y en ese mismo año sus actividades de distribución en la zona de Barcelona.

Adicionalmente, ENAGAS participó en varios proyectos internacionales. Entre los más relevantes está el gasoducto transmediterráneo para el suministro de gas desde Argelia. Por ese motivo, en 1973, se constituyó la sociedad SEGAMO, en la cual participaban la sociedad argelina Sonatrach, con un 50%, la sociedad francesa Gaz de France con 25% y ENAGAS con el otro 25 %¹¹².

¹¹¹ BADOSA PAGÉS, J, «Gas Natural...», op. cit, p. 105.

¹¹² Producción, distribución y consumo de combustibles gaseosos en España, nota de la Redacción de la Revista *ICE*, Madrid, 1978, p.120.

Otra situación de orden interno que hubo que resolver fue la distribución de competencias entre el Ministerio de Hacienda que controlaba el monopolio del petróleo, y con ello a BUTANO, S.A.; y el Ministerio de Industria que tenía a su cargo, de acuerdo con el reglamento de 1973, todo lo relacionado con el régimen de títulos habilitantes para el ejercicio de las actividades del sector, cuestión esta que supuso la creación del INH.

8. En especial sobre los contratos de aprovisionamiento con Argelia.

Merece la pena dedicar unos párrafos a este tema, pues ha trascendido hasta fechas recientes y ha tenido un peso significativo en lo que respecta al aprovisionamiento nacional. Además, ha implicado la adopción de determinadas medidas de tipo económico por parte de las empresas del sector, dadas las consecuencias de su incumplimiento inicial y en alguna medida hasta podría decirse que ha definido la estructura del mismo. Tan es así que hay disposiciones específicas relacionadas con éste.

Como se mencionó anteriormente, la presencia de la compañía Gas Natural S. A. en el sector era tan sólida desde sus inicios, que fue ésta la que en primer término negoció los contratos de aprovisionamiento con la compañía Africana, los cuales luego fueron traspasados a ENAGAS.

En 1975, ENAGAS y la compañía argelina SONATRACH firmaron un nuevo contrato sustituyendo el anterior realizado por Gas Natural. A través de este contrato ENAGAS se obligaba a retirar 4500 millones de termias anuales, a un ritmo invariable y en todo caso, a pagarlas independientemente de que fueran retiradas o no, es decir se incluyó una cláusula conocida como «take or pay»¹¹³. Además, dicho contrato incluía una cláusula por la cual se ligaba el precio del gas al del petróleo crudo.

¹¹³ En general, estas cláusulas tienen por finalidad establecer un vínculo contractual duradero, que permita en el caso del vendedor, recuperar las inversiones realizadas en la extracción del gas, y en su caso del proceso de licuefacción o su transporte fuera de sus fronteras; en el caso del comprador, tiene el efecto de asegurar una fuente de aprovisionamiento que le permita, igualmente, recuperar sus inversiones en las redes de transporte y distribución.

El problema sobrevino cuando por falta de previsión de la capacidad de la infraestructura gasista española y retrasos en la construcción de la prevista, se imposibilitó el cumplimiento del consumo calculado¹¹⁴. ENAGAS, en consecuencia, retiró cantidades inferiores dejando de pagar lo no retirado; la situación se agravó pues Argelia, en esa época, decidió igualar el precio de la termia de gas a la del petróleo crudo¹¹⁵.

Las dimensiones del problema eran tales, que la capacidad de negociación de ENAGAS no fue suficiente para lograr un acuerdo y tuvo que intervenir directamente el Gobierno Español. La solución al conflicto, que fue planteado por Argelia en 1984 ante la Cámara de Comercio de París y la Escuela Politécnica Federal de Zurich, no llegó sino con la firma del *Protocolo de acuerdo entre España y Argelia para resolver las diferencias sobre el gas, hecho en Argel el 13 de febrero de 1985*¹¹⁶, entre los gobiernos español y argelino. En éste se conviene que ENAGAS pagará 500 millones a SONATRACH, esto es, la mitad de lo pedido, modificando además las condiciones de devolución del crédito de 136,4 millones de dólares que tenía ENAGAS con dicha compañía. En cuanto a los precios, éstos se alinearon con los pagados por Francia y Bélgica, incluyendo una cláusula de no discriminación, que establecía que en caso de variación de precios, España pagaría al precio de los demás clientes europeos. La cantidad de termias de gas que debían consumirse se rebajó en 215.000, es decir, a 600.000 millones y el contrato se alargó por 6 años más, quedando como fecha final el 2004.

En estas circunstancias, la situación financiera de ENAGAS atravesó períodos de déficit que fueron asumidos por el estado a través de la empresa a la cual se integró, el INH. Por otra parte, fueron necesarios acuerdos internos en el sector para poder dar

¹¹⁴ En este sentido, GARCÍA ALONSO, J. M., e IRANZO, J., *La energía...*, op. cit., p. 333; y BADOSA PAGÉS, J., *Gas natural...*, op. cit., p. 106.

¹¹⁵ Con motivo de la reunión de la OPEP en Argel, en junio de 1980, esta organización hizo público un comunicado por el que los países exportadores deberían «alinearse» los precios de GN con los del crudo, TÉLLEZ DE PERALTA, *El gas natural...*, op. cit., p. 273.

¹¹⁶ Este Protocolo fue publicado en el BOE núm. 121, de 21 de mayo de 1985.

cumplimiento a los acuerdos del protocolo firmado entre España y Argelia, aspectos que se estudian a continuación.

En 1992 se firmó un tercer contrato de aprovisionamiento, esta vez para ser transportado a través del gasoducto de Magreb, para cuya construcción se había firmado un acuerdo en el que participaron Argelia, Marruecos y España. El gasoducto arranca en el Sahara argelino y termina en Sevilla, donde se conecta con la Red Nacional de Gasoductos. Previendo la situación ocurrida con el primer contrato, en esta ocasión se operó de manera distinta. Con un capital suscrito en un 91 por ciento por el INH y el 9 por ciento restante por ENAGAS, se creó la empresa SAGANE S.A.¹¹⁷ a la cual se transfirió el contrato inicialmente firmado entre Sonatrach y ENAGAS, y se le encargó la construcción y explotación, siendo ésta la que soporta la cláusula «take or pay», adquiere el gas y luego lo vende a ENAGAS.

9. La reordenación del sector de hidrocarburos. Creación del Instituto Nacional de Hidrocarburos (INH). Su papel en el sector de los combustibles gaseosos.

De la mano del Estado Social de Derecho y como parte de las propuestas del PEN-79, se constituyó el primer holding que agrupó a todas las empresas del sector de hidrocarburos. La empresa pública se sitúa otra vez como un elemento importante en la labor de intervención¹¹⁸ en beneficio del interés general. Mediante Ley 45/81, de 28 de diciembre de 1981¹¹⁹, se creó el Instituto Nacional de Hidrocarburos, en adelante INH¹²⁰, que engloba las empresas encargadas de la explotación del petróleo y sus

¹¹⁷ Empresa constituida en 1994 con un capital suscrito es un 91% por el INH y el 9% restante por ENAGAS. El INH quedaba obligado a indemnizar a SAGANE, a Gas Natural y a ENAGAS, de cualquier perjuicio o quebranto como consecuencia del incumplimiento del contrato con Argelia. En 1996, ENAGAS compró, al ejercer la opción de compra que tenía, el 91% de SAGANE, S.A., LASHERAS, M. A., *La regulación de los servicios públicos*, op. cit., p. 232.

¹¹⁸ Al respecto, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., «La empresa pública en el Estado Social y Democrático de Derecho», *Actualidad y perspectivas del derecho público a fines del siglo XX, Libro homenaje al profesor Garrido Falla*, t. III, Ed. Complutense, Madrid, 1992, pp. 1671-1701.

¹¹⁹ Esta Ley derogó el Real Decreto-Ley 8/81, de 24 de abril, de creación del Instituto Nacional de Hidrocarburos.

¹²⁰ El INH se creó como una entidad de derecho público de las previstas en el artículo 6, 1 b) de la Ley general presupuestaria (art. 1), y se excluyó de la aplicación de la Ley de entidades estatales Autónomas,

derivados, gases licuados del petróleo y gas natural, por lo tanto, entre sus empresas están BUTANO Y ENAGAS.

La creación del INH, surge como una respuesta a la necesidad de coordinación de las empresas públicas en la ejecución de la política energética del Gobierno, pues la falta de capacidad de reacción por parte de éstas ante la segunda crisis del petróleo había quedado en evidencia¹²¹. Adicionalmente se trata de crear una estructura organizativa en el sector que se asemeje a la de la industria petrolera mundial, es decir, una empresa integrada verticalmente desde la explotación hasta la comercialización¹²². Con este propósito, el INH emprende una reestructuración de todas las empresas del sector que por supuesto, incluye a las dos empresas del sector de combustibles gaseosos¹²³.

En cuanto se refiere a ENAGAS, con su integración en el INH, su actividad cobra nuevas dimensiones. El INH emprende una remodelación en su configuración financiera, amplía su capital social y el Estado cubre las pérdidas incurridas en algunos ejercicios anteriores. Entre 1981 y 1985, debido a las cargas financieras derivadas de las inversiones realizadas para la construcción de la red principal de gasoductos, que aún no alcanzaba un grado de utilización razonable, la distribución del gas natural estaba pasando una etapa de pérdidas elevadas¹²⁴. No obstante ya se empezaba a notar el aumento del consumo que en parte estaba siendo propiciado por la firma del Protocolo del Gas, al que se alude más adelante.

en adelante LEEA, es decir bajo un régimen impreciso que ha sido duramente criticado por la doctrina: ARIÑO ORTIZ, G., *La empresa pública, en El modelo económico de la Constitución*, Instituto de Estudios Económicos, vol. 2, Madrid, 1981, p. 38, y MARTÍN-RETORTILLO, S., *Derecho...*, op. cit., pp. 289-292.

¹²¹ Sobre este tema, FANJUL, O., «El proceso configurador del INH», en *Economía Industrial*, núm. 248, Madrid, 1986, p. 37; y, MARTÍN RETORTILLO, S., *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 290.

¹²² En relación con este proceso en el sector petrolero hasta su despublificación, GARCÍA COCA, *Sector petrolero español: Análisis de la «despublicatio» de un servicio público*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 39-105.

¹²³ Al respecto, FANJUL, O., «La empresa pública en el sector de hidrocarburos», *Papeles de economía Española*, núm. 38, Madrid, 1989, p. 322-339.

¹²⁴ En este sentido, FANJUL, O., «La empresa pública...», op. cit., p. 335.

Hasta 1984, la totalidad de los aprovisionamientos de gas procedían todavía de Libia y Argelia. En ese año entra en operación el yacimiento de Serrablo y dos años después el de Gaviota¹²⁵. Si a ello se añade la renegociación del contrato con Argelia, en 1985, como se verá, se tiene el conjunto de factores que dieron el impulso final a la consolidación del GN en el mercado y en el balance energético nacional y el comienzo de la normalización de la empresa¹²⁶ y con ella una nueva etapa de expansión que traería además el signo de la Unión Europea.

Como había sido habitual en el caso de BUTANO S.A., la reestructuración de las empresas en el sector petrolero implicó su inclusión, en 1987, en el nuevo holding creado para su reordenación: REPSOL que era cabeza de todo el negocio petrolero público compuesto por cuatro empresas filiales, una de las cuales es REPSOL-BUTANO.

A. El plan energético Nacional de 1983-1992 (PEN-84).

En 1982, con el trasfondo de una ideología política diferente, se elabora Plan Energético Nacional 1983-1992 (en adelante, PEN-84), aprobado por el Consejo de Ministros de 28 de marzo de 1984 y por el Congreso de los Diputados en junio de ese mismo año.

El principal objetivo de este plan continúa siendo la penetración del GN en el balance energético. Se pretendía aproximar a España a los niveles de consumo de la Comunidad, aunque ya es notoria la importancia que ha ido adquiriendo. En efecto, el PEN-84 contiene una sección dedicada a la «Delimitación de las reglas de funcionamiento del sector del gas», que en realidad, se dedica casi exclusivamente al sector del GN. Como era predecible, reafirma la posición predominante de ENAGAS en relación con la oferta del GN y señala la necesidad de que esta empresa y las encargadas de la distribución a nivel local, aborden las inversiones requeridas en esta actividad. Con este objetivo se previó la participación de capital público en estas empresas en caso de incapacidad

¹²⁵ BADOSA PAGÉS, J., «Gas natural en España: La energía de los años 90», en Papeles de *Economía Española*, núm. 26, Madrid, 1986, p.101.

¹²⁶ BADOSA PAGÉS, J., «Gas natural en España...», op. cit., p. 107.

financiera para afrontar dicha tarea y para diseñar fórmulas que permitieran a ENAGAS hacer frente a los costes derivados de las actividades que le correspondían en el proceso de abastecimiento de dicho combustible.

Entre las principales reformas institucionales que plantea el PEN-84 está la integración vertical de las empresas en el sector de petróleos, que dará lugar a la modificación de la estructura de BUTANO, aspecto que se estudia posteriormente. No obstante, cabe mencionar que debido al desplazamiento proyectado, debido al fortalecimiento del consumo de gas natural, se pretende fomentar una futura participación de esta sociedad en la distribución de GN¹²⁷.

B. El protocolo de intenciones para el desarrollo del gas en España.

Como una medida de orden interno para afrontar los compromisos adquiridos en la renegociación del contrato de aprovisionamiento con Argelia se firmó, con fecha de 23 de julio de 1985, el «Protocolo de intenciones para el desarrollo del gas en España», entre el Ministerio de Industria y Energía, el INH, ENAGAS, BUTANO S.A., y las empresas privadas Catalana de Gas y Electricidad, S. A., Gas Madrid S.A., Sociedad de gas Euskadi, Distribuidora de Gas Zaragoza, S. A., e Hidroeléctrica del Cantábrico, S. A., y Compañía Española de Gas. En éste se fijan las pautas para el desarrollo del gas natural y la reestructuración del sector¹²⁸.

En cuanto a la naturaleza jurídica de este Protocolo la doctrina coincide en señalar su carácter contractual desde el punto de vista formal, no obstante, sus cláusulas no tienen fuerza vinculante entre sus firmantes¹²⁹. Lo cierto es que, independientemente de su

¹²⁷ *Plan Energético Nacional*, 1983-1992, Ministerio de Industria, t. I, p. 105.

¹²⁸ Para SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, M., «supone un verdadero reparto del mercado entre empresas públicas y privadas con el visto bueno del Ministerio que podemos calificar de ilegal (...)» *La regulación del sector del gas natural*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, p. 104.

¹²⁹ En este sentido, DEL GUAYO, I., *El servicio...*, op. cit., p. 80 y VILLAR ESCURRA, J. L., *Derecho administrativo Especial. Administración Pública y actividad de los particulares*, CIVITAS, Madrid, 1999, p. 399. Para la profesora, SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, M., constituye, más bien, un «acto administrativo de deseo» ya que el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Protocolo no son exigibles a la Administración, en *La regulación del...*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, p. 102.

valor jurídico, los acuerdos contenidos en él tuvieron mucha influencia en la elaboración de la Ley del Gas que se promulgaría dos años después.

ENAGAS está llamada nuevamente a ser la pieza clave. Se le encarga la construcción de las instalaciones, tanto de la red básica de gasoductos como plantas de regasificación, de la adquisición e importación del GN y se reserva para ella, el suministro en exclusiva de las centrales térmicas y los consumos industriales superiores a diez millones de terminas anuales¹³⁰. Los consumos comerciales y domésticos siguen en manos de las empresas distribuidoras que poseen las respectivas concesiones, atribuyéndoles mercados geográficos con la intención de que lleven a cabo explotaciones racionales y rentables, con excepción de los territorios de las Comunidades de Cataluña y País Vasco donde son Catalana de Gas y Gas Euskadi respectivamente, las que asumen el desarrollo del GN.

Por su parte, las compañías distribuidoras se comprometieron a pagar a ENAGAS el 80% de los incrementos previstos en las ventas si éstos no se alcanzaban. Y en relación con los planes de gasificación, se obligaban a presentar objetivos de inversión y venta, que deberían ser aprobadas por el Ministerio de Industria y Energía¹³¹.

Paralelamente, la administración introdujo dos elementos importantes. En primer lugar, unificó las tarifas de gas canalizado para todo el territorio nacional,¹³² diferenciadas según el uso al que se destine y relacionadas con los precios de las energías que sustituyen. La Administración es la encargada de fijarlas. Por otra parte, con respecto a los precios de transferencia del gas a las distribuidoras, se estableció un procedimiento objetivo para determinar los márgenes de éstas últimas, de manera que el precio recibido por ENAGAS, llamado precio de cesión, fuera igual al precio final medio

¹³⁰ Se le encarga la construcción de el gasoducto Haro-Burgos-Madrid, con ramales a Palencia, Valladolid y Guadalajara; el gasoducto Burgos-Cantabria-Asturias y Calahorra-Pamplona; la planta de regasificación en Huelva y el gasoducto Huelva-Sevilla; la planta de regasificación en Cartagena y en Mallorca. Sobre este tema, GONZÁLEZ SALINAS, J. «Infraestructuras de Gas», en XI Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo, CEDECS, Barcelona, 1998, pp. 250-253.

¹³¹ BADOSA PAGES, J., «El gas natural...», op. cit., p. 97.

¹³² Al respecto, ALCAIDE, J., «El sector del Gas natural: Evolución y Desarrollo futuro ante el mercado único Europeo», en *Información Comercial Española*, núm. 670-671, pp. 168-170.

menos el margen de las distribuidoras. «En la medida en que se preveía que, al menos durante los primeros años, el precio final no iba a retribuir todos los costes, sería ENAGAS la que debía soportar las pérdidas, que serían sufragadas mediante subvenciones.»

La empresa BUTANO S.A., también tiene reservada una función importante en relación con la distribución del gas para usos doméstico-comerciales, con base en la disposición del PEN que estableció que «las concesiones de distribución se otorgarán a aquellas empresas públicas, privadas o mixtas que ofrezcan mayor garantía en el cumplimiento de los objetivos de penetración del gas en las zonas correspondientes». Por cuanto se estima que sufrirá un desplazamiento importante a raíz de la difusión del gas natural. De esta manera, BUTANO sale reforzada, puesto que efectivamente podía dar mayores garantías de cumplimiento debido a su experiencia como monopolista con los GLP y producto de su actuación de tantos años en el sector.

A partir de estos acuerdos surgieron los planes de gasificación¹³³. Con base en los lineamientos anteriores y con el horizonte del mercado interior europeo, las acciones principales en el sector de los combustibles gaseosos apuntan hacia el incremento de los objetivos de crecimiento de esta fuente de energía. De ahí que, se considera prioritario llevar a cabo las gestiones encaminadas a terminar la construcción de los gasoductos y la infraestructura básica, e iniciar la construcción del gasoducto Sevilla-Madrid, lo que permitirá una entrada adicional al sistema gasista español y reducirá su vulnerabilidad. Asimismo, se juzga importante diversificar las fuentes de aprovisionamiento. Se piensa especialmente en los países del norte de Europa y de África, y en intensificar la política exploratoria¹³⁴.

¹³³ En este sentido, HUIDOBRO Y ARREBA, M. L., «Energía y Planificación», en *ICE*, núm. 670-671, Madrid, 1989, pp. 29-31.

¹³⁴ Al respecto, MARAVALL, F., «El sector energético español ante el mercado interior comunitario», en *Información Comercial Española*, núm. 670-671, 1989, p. 38.

10. La actualización del marco normativo. La ley del gas 1987.

La industria del gas natural se desarrolló definitivamente con posterioridad a 1973, fecha del Reglamento que rigió el sector durante muchos años. Por tanto, la promulgación de la Ley 10/87, de 15 de junio, de disposiciones básicas para un desarrollo coordinado de actuaciones en materia de combustibles gaseosos¹³⁵ vino a corregir una serie de situaciones irregulares. Esta ley actualiza el marco normativo y pone fin a la situación anormal que desde 1956 se venía arrastrando ya que los instrumentos normativos utilizados para regular el sector desde entonces tenían mero rango reglamentario. Por otra parte, ajusta sus previsiones a la nueva ordenación constitucional, que entre otros aspectos, había introducido importantes modificaciones especialmente en lo referido al Estado de las autonomías. Adicionalmente, otorga el marco que posibilita la ejecución de las previsiones establecidas en el PEN-84 que formula las nuevas necesidades del sector en cuanto a previsiones, especialmente, en materias tales como las conexiones internacionales, fomento de la investigación tecnológica y aumento de la eficiencia en el sector.

Por otra parte, pese a que a la fecha de promulgación de la Ley del Gas, ya es un hecho la incorporación de España en la Comunidad Europea, el retraso y la escasa incidencia que con respecto a este sector tienen las políticas comunitarias en esa fecha, hace que poco se note la inminente adaptación al derecho Comunitario en esta materia. Las modificaciones introducidas con esta Ley tienen más bien el propósito de poner al día y en orden un marco jurídico que se corresponda con la nueva realidad existente: la consolidación del GN como fuente de energía¹³⁶. De ahí que la Ley del gas, mantiene la declaración de servicio público de este tipo de combustible gaseoso por canalización así

¹³⁵ Sobre este tema, la única monografía que integra el estudio de los diversos aspectos de la ley es la citada: DEL GUAYO, I., *El servicio público del gas*, op. cit., p. 415; también un extenso artículo de GONZÁLEZ SALINAS, J., «El servicio Público del gas», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Régimen Jurídico de los servicios públicos*, Escuela Judicial/Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pp. 169-353.

¹³⁶ Esta Ley impulsa definitivamente el desarrollo de la industria del gas natural. En opinión de Del GUAYO «El legislador, (...) pretende regular todo lo relativo a los combustibles gaseosos por canalización, pero no oculta el verdadero propósito de la aparición de la ley, a saber: ejercitar de modo formal y solemne las posibilidades abiertas por el artículo 128 de la C. E. en un sector en plena expansión, el gas natural.» *El servicio público...*, op. cit., p. 67.

como sus fases de producción, conducción y distribución. En concordancia con los preceptos constitucionales (art. 128.2 CE), reserva al Estado o, en su caso, a las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias las actividades relativas a dicho suministro (art. 1 LG). En consecuencia, continúa excluyendo la libre iniciativa económica privada.

En cuanto a la actividad de extracción del gas se refiere, manteniendo la línea que desde el descubrimiento del primer yacimiento de GN se había seguido, ésta se continúa rigiendo por la Ley 21/1974, de 27 de junio, sobre investigación y explotación de hidrocarburos¹³⁷.

Ante la relevancia que han tenido los PEN en el proceso de construcción del sector, esta Ley en su artículo tercero, atribuye al Gobierno la planificación en materia de combustibles gaseosos. Esto implica que debe planificar la «Red Nacional de Gasoductos, los almacenamientos estratégicos, la zonas de prioritaria gasificación y las etapas de su ejecución». Además, le atribuye la potestad de coordinar las participaciones de las entidades tanto públicas como privadas en los proyectos incluidos en dicha planificación.

La concesión administrativa continúa a cargo del Ministerio de Industria y Energía. Es este el título requerido por entidades públicas y privadas para el ejercicio de las actividades del sector. Para la construcción o modificación de las instalaciones sólo se requiere una autorización¹³⁸.

Con respecto al régimen tarifario, el Gobierno realiza la fijación de los precios de adquisición y transferencia del GN, y de los GLP a las empresas concesionarias, conforme a parámetros y objetivos que se fijan reglamentariamente, así como de las tarifas y precios de venta al público, únicos para todo el territorio nacional, salvando la posibilidad de determinar la libertad de precios de ciertos productos o de los

¹³⁷ Esta ley fue desarrollada por el RD 2362/de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley sobre investigación y explotación de hidrocarburos, de 27 de junio de 1974.

¹³⁸ Sobre este tema, pueden verse DEL GUAYO, I., *El servicio...*, op. cit., pp. 165-224, y SALAS HERNÁNDEZ, J., *Régimen jurídico...*, op. cit., p. 18.

combustibles gaseosos para determinados usos en los casos y condiciones que considere oportuno (art. 15 y 17)¹³⁹.

En esta Ley resurge la fragmentación que ha caracterizado la regulación del sector de los combustibles gaseosos, ya que excluye de su ámbito normativo las «actividades relativas a los gases licuados del petróleo envasados o a granel» los cuales se rigen según su disposición final segunda, por su legislación específica que a esta fecha estaba constituida fundamentalmente, por la Ley 41/1984, de 1 de diciembre, de importación de productos objeto del monopolio de petróleos, y el RD-Ley 5/1985, de 12 de diciembre, de adaptación del Monopolio de Petróleos. A partir de la citada legislación, se concluye que la distribución y venta de gas a granel o envasado, sólo estaba parcialmente publicada y en este momento ya de manera temporal¹⁴⁰. En este mismo año se crearía la Empresa REPSOL, con cuatro filiales entre las que se incluye REPSOL-BUTANO.

En relación con la titularidad del servicio público en el régimen jurídico planteado por la Ley del Gas, -siendo el tema de la atribución de competencias tan discutido desde el nacimiento del servicio-, hay que señalar que la referida Ley se estructura de manera un poco compleja. El artículo primero, en su párrafo segundo señala «El Estado, o, en su caso, las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias, se reserva de conformidad con el artículo 128.2 de la Constitución, el servicio público de suministro de combustibles gaseosos por canalización, así como las actividades de producción y distribución relativas a dicho servicio público, con las excepciones que se establezcan en la presente Ley. Cuando las Entidades Locales, en su ámbito territorial

¹³⁹ Este tema, bajo el régimen de la Ley del gas, puede verse en: DEL GUAYO, I., *El servicio...*, op. cit., pp. 225-268 y, GONZÁLEZ SALINAS, J., *El servicio...*, op. cit., pp. 214-221.

¹⁴⁰ La distribución al por mayor de gases procedentes del petróleo importados de la Comunidad Europea, estaban dentro el ámbito de la iniciativa privada, no así los destinados al suministro a las fábricas de gas. En este sentido, SALAS HERNÁNDEZ, J., *Energía...*, op. cit., p. 895. Al respecto este autor apunta además, «La razón de la diferencia del régimen jurídico de la actividad económica, según se trate de gas combustible canalizado o no, se halla seguramente en la confluencia de estas dos circunstancias: por un lado, la conexión con el proceso de «privatización» del petróleo, a consecuencia del ingreso de España en la Comunidad Europea, y, por otro, la característica propia del gas no canalizado, que impide configurar la actividad de suministro relativa al mismo como algo regular y continuo, como ocurre con el gas canalizado y es típico de todo servicio público en sentido estricto.»

no hayan asumido en el momento de la implantación del servicio la prestación del mismo, conforme a lo previsto en el artículo 86.3 de la Ley de 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local¹⁴¹, en la forma señalada en el artículo 6º de la presente Ley, la reserva corresponderá al Estado o, en su caso, a las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias.» El citado artículo 6º, prevé que el expediente de concesión para la implantación del suministro se notificará a las entidades locales comprendidas en el ámbito territorial de la concesión prevista, para que en el plazo ejerciten una especie de facultad preferente para la asunción de la actividad objeto de la posible concesión.

Esta fórmula de regulación suscitó un debate dogmático sobre el tema, especialmente considerando la existencia por un lado de la ley sectorial, -la Ley del Gas- y, por otro, la Ley de Bases del Régimen Local (LBRL). En términos generales y aunque no hubo un acuerdo unánime¹⁴² puede decirse que aunque parecía haber alguna intención de devolver, en alguna medida, la titularidad del servicio a los entes locales, los procedimientos elegidos apuntaban en sentido contrario¹⁴³. En todo caso, los Municipios continúan ostentando otras competencias relativas a la materia como son, la aprobación

¹⁴¹ El párrafo 3º del artículo 86 dispone: «Si efectuada dicha reserva por la Entidad Local, transcurriera un plazo de dos años sin que se iniciaran las obras correspondientes, se considerará, salvo causa justificada, que la Entidad Local renuncia a la prestación de los suministros, en cuyo caso podrá continuarse la tramitación del expediente primitivo por el órgano administrativo que inició la tramitación».

¹⁴² En el sentido de que no puede haber titularidad local del servicio por no estar incluido dentro de las competencias establecidas en los artículos 25.2 y 26.1 de la LBRL, la opinión de los profesores SALAS HERNÁNDEZ, «Régimen Jurídico de las concesiones del servicio de suministro de gas por canalización», *REDA*, núm. 65, 1990, pp. 20-26, 34-37; DEL GUAYO, I., *El servicio...*, op. cit., pp. 99-103; y, CAÑELLAS VILLALTA, F., «Competencia y reserva del servicio público de suministro de gas», en *Primeras Jornadas «Energía y Derecho»*, EVE, p. 452. En sentido contrario, TORNOS MÁS, J., «Competencias Municipales para la ordenación y gestión de servicios públicos (especial referencia a suministro de agua, gas y electricidad)», en *REALA*, núm. 245, 1990, p. 23-36, y SOUVIRON MORENILLA, *La actividad de la Administración y el servicio público*, Comares, Granada, 1998, p. 679. En opinión de GONZALEZ SALINAS, J., «Según la Ley del Gas en definitiva, la reserva de la actividad a favor de las entidades locales, impone la gestión directa.», *El servicio...*, op. cit., p. 201.

¹⁴³ En opinión de RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, T. R., el verdadero protagonismo se reservó al Estado y las Comunidades Autónomas «Para las entidades locales en general y para los municipios en particular apenas queda un espacio propio. Hay que hacerles un hueco, desde luego para guardar las apariencias, ya que la nueva Ley de Régimen local queda muy próxima en el tiempo, pero nada más.» «Evolución...», op. cit., p. 1502; por su parte, LÓPEZ ANTÓN, S., «creemos que la reserva legal contenida en la LBRL a favor de los Municipios estaba pensada desde la perspectiva contraria a la Ley del Gas» en *Primeras Jornadas...*, op. cit., p. 434.

de los planes de urbanismo¹⁴⁴, o las referidas al dominio municipal¹⁴⁵. La discusión finalmente se cerró con la LSH que derogó la competencia contenida en la LBRL.

Con esta Ley se cierra una etapa que constituye apenas los orígenes del desarrollo de un sector que con el impulso que la Comunidad Europea viene a darle, verá ampliada, de manera significativa, su participación en el balance energético nacional.

IV. Tercera parte. La historia reciente. La integración de España en la Unión Europea. Hacia la liberalización de los mercados.

1. Planteamiento

Las transformaciones que tienen lugar en esta parte de la historia reciente están directamente relacionadas con dos procesos concretos: a nivel europeo comunitario, el proceso de liberalización de los servicios públicos propugnado por la Unión Europea que llega hasta la actualidad; y, en el nivel nacional, el programa de privatización de las empresas públicas del Gobierno de entonces que, en alguna medida, da continuidad al proceso que ya se había iniciado con la creación de la SEPI, a través del RD-Ley 5/1995, de 16 de junio, pero que toma fuerza a partir del Acuerdo de Consejo de Ministros de 28 de junio de 1996.

En primer término, se estudia el nivel europeo. Los instrumentos mediante los cuáles se ha pretendido ir configurando una política energética en la Unión, como marco de la normativa promulgada en el ámbito específico de creación del mercado interior de los combustibles gaseosos. Seguidamente, se analizan las medidas concretas producto de la adaptación del derecho nacional al derecho comunitario, así como las que resultaron de la política de privatización del Gobierno. Finalmente, se concluye con una descripción de la configuración del sector industrial de los hidrocarburos consecuencia de ambos procesos.

¹⁴⁴ Sobre este tema, VICENT CERNUDA, J. M., «Notas sobre la previsión urbanística de los proyectos de gasificación», en *Primeras jornadas...*, op. cit., pp. 243-247.

¹⁴⁵ Al respecto, COMES SIERRA, S., Legislación y jurisprudencia local por utilización privativa y aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de la vía pública municipal a favor de empresas explotadoras de servicios, en *Primeras Jornadas...*, op. cit., pp. 327-340.

2. El nivel europeo. La difícil construcción de una política energética. La integración de España: un nuevo marco para la política energética.

Como es bien sabido, la integración de España en la entonces Comunidad Económica Europea¹⁴⁶ implicó la adopción de todo el derecho comunitario europeo existente¹⁴⁷, es decir, tanto el derecho originario¹⁴⁸ como el derecho derivado. Adicionalmente, la adopción de la normativa comunitaria implicaba la aplicación inmediata del derecho derivado, su *efecto directo*¹⁴⁹. Sin embargo en la materia de estudio, la Unión Europea, pese a sus muchos intentos, no había logrado consolidar una verdadera política energética¹⁵⁰. De hecho, en 1973, ante la grave crisis del petróleo¹⁵¹, la Comunidad aún

¹⁴⁶ La integración se efectuó en virtud del Tratado de Adhesión, firmado el 12 de junio de 1985 y en vigor desde el 1 de enero de 1986, incluye un acta relativa a las condiciones de dicha adhesión, las adaptaciones de los Tratados constitutivos y ciertas disposiciones transitorias diferenciadas relativas a España. Sobre este tema, puede verse el capítulo XIV «La adhesión de España a las comunidades europeas, derecho comunitario y derecho español» en la obra colectiva, SAÉNZ DE SANTAMARÍA, P. A., GONZÁLEZ VEGA, J., FERNÁNDEZ PÉREZ, B., *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, 2ª ed. Eurolex, Madrid, 1999, pp. 551-593; y sobre su incidencia en la organización administrativa española, MORENO MOLINA, A. M., *La ejecución administrativa del derecho comunitario. Régimen Europeo y Español*, Marcial Pons-Universidad Carlos III, Madrid, 1998, p. 309; SALAS HERNÁNDEZ, J., y BETANCOR RODRÍGUEZ, A., «La incidencia organizativa de la integración europea en la administración española», en *RAP*, núm. 125, mayo-agosto, 1991, pp. 495 y ss.

¹⁴⁷ En palabras de MUÑOZ MACHADO, S., «Con la adhesión España ha aceptado que de un sólo golpe y con las únicas salvedades y matizaciones que se contienen en el Acta de Adhesión que el ordenamiento jurídico comunitario sea inmediatamente aplicable en nuestro territorio». en «La adhesión de España en las Comunidades Europeas. Su impacto en la normativa energética», *Primeras Jornadas «Energía y Derecho»*, t. II, EVE, 1988, pp. 399-400. También, SALAS HERNÁNDEZ, J., «Energía», en *Tratado de Derecho Administrativo Económico*, t. II, Parte IV, La Ley, Madrid, 1988, p. 880.

¹⁴⁸ Constituido en ese momento por: el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA), de 18 de abril de 1951; el Tratado de Roma, Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE) y el Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEa o EURATOM) y sus sucesivas modificaciones. ALONSO GARCÍA, R., *Derecho Comunitario, Sistema Institucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Ramón Areces, S. A. Madrid, 1994, p. 671, y MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, D., *Instituciones de Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, 3ª ed., Madrid, 2002, p. 28 y ss.

¹⁴⁹ Sobre este tema, ALONSO GARCÍA, R., *Derecho...*, op. cit., p. 251-264; y GIMENO FELIÚ, J. M., quien considera que constituye «un instrumento normativo especial para la ampliación de las competencias de las instituciones comunitarias en orden a promover nuevas y más intensas acciones de integración en el terreno de la política social y económica», *El servicio público eléctrico en el Mercado Interior Europeo*, Civitas, 1994, p. 183.

¹⁵⁰ El proceso de construcción de la política energética en la Unión europea, pese a sus orígenes, tuvo que superar muchos obstáculos que retrasaron la adopción de medidas específicas en esta materia. Sobre este tema puede consultarse: HAALAND MATLÁRY, *Energy policy in the European Union*, ST. Martín's Press, Inc., Nueva York, 1997, p. 197. Incluso, hay quien opina que «solamente se podrá hablar de

no contaba con una competencia específica en materia de energía en la cual apoyar sus intervenciones. De ahí que se viera en la necesidad de recurrir al régimen general del entonces Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCEE) aludiendo a diversas previsiones contenidas en él para fundamentar sus acciones en el campo de la energía. Entre ellas hay que destacar, el artículo 235 TCEE -308 del TCE-, que dispone: «Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes». Esto es lo que se ha denominado los «*poderes implícitos*»¹⁵² otorgados a la Comunidad para alcanzar el funcionamiento del mercado común. También se apoyó en disposiciones tales como la relativa a las potestades de la Comisión de obtención de información, o en la que dispone la obligación de los Estados miembros de cooperar con las instituciones comunitarias.

Con base en esas disposiciones, la Comunidad ya había emitido algunos Reglamentos y Directivas relativas al sector energético tanto a nivel global, como con respecto a las

auténtica e integral política energética comunitaria cuando se consiga una Comunidad política», MARTÍNEZ DE LA VEGA, J. L., «Otros recursos energéticos en la Comunidad», *Economía Industrial*, núm. 211/212, 1981, p. 44. También, BRONDEL, G., «La política energética en la perspectiva de la adhesión de España a las Comunidades Europeas», en *Europa: aspectos políticos, Económicos y sociales*, Unión editorial, S. A., Madrid, 1980, pp. 43-51; SALAS HERNÁNDEZ, J., apuntaba en 1991, que en cuanto al objetivo del mercado único «está lejos de conseguirse plenamente -por razones estrictamente técnicas- en lo que se refiere a la energía o, mejor a algunas de las fuentes o manifestaciones de ésta (concretamente, la eléctrica y la producida por los gases combustibles por canalización)», en «Energía...», op. cit., p. 880.

¹⁵¹ Como relata la doctrina: «Con motivo de la cuarta guerra entre los países Árabes e Israel, (Yom Kipur), los países Árabes exportadores de petróleo establecieron un embargo de petróleo a los países “aliados” de Israel y disminuyeron su producción, rechazaron el sistema de fijación de los precios del petróleo vigente hasta entonces (basado en Acuerdos con las compañías petroleras) y procedieron a unilaterales aumentos del precio del crudo. En pocos meses el barril de petróleo cuadruplicó su valor en el mercado» RASINES, L., «La política...», op. cit., p. 71.

¹⁵² Sobre este tema en detalle, su fundamento, modulación y límites, en GARCÍA ALONSO, R., *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales- BOE, Madrid, 2001, pp. 105-156.

distintas fuentes de energía, así como desde la perspectiva de la protección del medio ambiente, la salud del ciudadano y de los intereses de los consumidores¹⁵³.

Sin embargo, eran escasas, al menos en cuanto al sector de los combustibles gaseosos¹⁵⁴ se refiere, las adaptaciones que el Estado español tuvo que realizar al momento de su incorporación. De especial interés resulta la Recomendación 83/320/CEE, del Consejo, de 21 de abril de 1983, relativa a los métodos de formación de los precios y de las tarifas para el gas natural¹⁵⁵, pues pese a que no tiene efecto vinculante, con ésta se inicia todo un proceso de discusión sobre este tema, el cual continúa siendo uno de los más controvertidos por ser un elemento esencial en el mercado del gas natural¹⁵⁶. Las principales decisiones en el campo de la energía vendrán un año después del ingreso efectivo de España en la Comunidad, con el Acta Única Europea generadora de importantes cambios para cuya adaptación será necesario transformar la estructura de los mercados energéticos internos.

¹⁵³ Entre ellas, sin ánimo de exhaustividad y con énfasis en las que tienen alguna relación con la fuente energética en estudio: Protocolo de acuerdo sobre problemas energéticos, adoptado por el Consejo de ministros de la CECA de 21 de abril de 1964; (DO P, núm. 69, de 30 de abril de 1964); Directiva del Consejo de 20 de diciembre de 1968 por la que se obliga a los Estados miembros de la CEE a mantener un nivel mínimo de reservas de petróleo crudo y/o productos petrolíferos (68/414/CEE); Reglamento (CEE), núm. 1056/72, del Consejo, modificado posteriormente por el núm. 1215/76, relativo a la comunicación a la Comisión de los proyectos de inversión de interés comunitario en los sectores del petróleo, del gas natural y de la electricidad; el Reglamento (CEE), núm. 1726/76, del Consejo, relativo a la comunicación de informaciones sobre la situación del abastecimiento de energía en la Comunidad; la Directiva del Consejo (CEE), núm. 75/404, relativa a la limitación del uso de gas natural en las centrales eléctricas, (DO L, núm. 178 de 9 de septiembre de 1975); la Directiva 79/530/CEE, relativa a la información, mediante el etiquetado, sobre el consumo de energía de los aparatos domésticos.

¹⁵⁴ No así en relación con otras fuentes de energía, como es el caso de los hidrocarburos. Al respecto, BRONDEL, G., «La política energética en la perspectiva de la adhesión de España a las Comunidades Europeas», en *Europa: aspectos políticos, Económicos y sociales*, Unión editorial, S. A., Madrid, 1980, p. 43-51. Específicamente sobre este tema, SALAS HERNÁNDEZ, J., apuntaba en 1991, que en cuanto al objetivo del mercado único «está lejos de conseguirse plenamente -por razones estrictamente técnicas- en lo que se refiere a la energía o, mejor a algunas de las fuentes o manifestaciones de ésta (concretamente, la eléctrica y la producida por los gases combustibles por canalización)». En «Energía», op. cit., p. 880.

¹⁵⁵ DO C núm. 123, de 11 de mayo de 1983. Sus antecedentes se encuentran en la resolución del Consejo de, de 13 de febrero de 1974, relativa a los medios que se debían establecer para alcanzar los objetivos de la política comunitaria para 1985, (DO C, núm. 153 de 9 de septiembre de 1975); y en la Recomendación del Consejo núm. 604/82/CEE del Consejo, de 28 de julio de 1982 (DO L, núm. 247, de 23 de agosto de 1982), que recomendaba a los Estados Miembros «aplicar políticas de precios de la energía, basada en las condiciones del mercado y los costes, para alcanzar los objetivos energéticos».

¹⁵⁶ Sobre este tema, bajo el régimen de la Ley del Gas de 1987, DEL GUAYO, I., *El servicio...*, op. cit., pp. 329-331.

A. La construcción del mercado interior europeo y el sector de la energía. El Acta Única Europea.

La construcción del Mercado Interior Europeo¹⁵⁷, uno de los objetivos introducidos por Acta Única¹⁵⁸, tiene especial incidencia sobre los sectores que se caracterizan por estar en régimen de monopolio, como es el caso del sector energético¹⁵⁹. De acuerdo con el artículo 14.1 del TCE «La comunidad adoptará las medidas destinadas a establecer progresivamente el mercado interior» el cual implica un espacio sin fronteras interiores donde se desarrollan las llamadas «cuatro libertades fundamentales»¹⁶⁰: libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. Para la consecución de éste, se exige el establecimiento de unas reglas de funcionamiento que aseguren el régimen de libre competencia considerado el «motor esencial del desarrollo económico»¹⁶¹. Su puesta en marcha determinó la introducción de competencia y una mayor integración de los sectores energéticos en Europa a través del impulso de los intercambios intracomunitarios y de la política comunitaria en materia de energía.

¹⁵⁷ Al respecto, en general, puede verse el Capítulo XVI, de la obra SAÉNZ DE SANTAMARÍA, P., GONZÁLEZ VEGA, J., FERNÁNDEZ PÉREZ, B., *Introducción al Derecho de ...*, op. cit., pp. 623-669.

¹⁵⁸ El artículo 13 del Acta Única introdujo en el Tratado de la CEE un nuevo artículo –el 8A– que dispone «La Comunidad adoptará medidas destinadas a establecer progresivamente el mercado interior en el transcurso de un período que terminará el 31 de diciembre de 1992, implicando dicho mercado interior un espacio sin fronteras interiores, en el que deberá estar garantizada la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales.». El Acta Única Europea fue firmada en Luxemburgo el 17 de febrero y en la Haya el 28 de febrero de 1986 y entró en vigor el 1 de julio de 1987. Para un sector de la doctrina, PAREJO ALFONSO, L., *Derecho Europeo de la Competencia*, COLEX, Madrid, 2000, p. 377-392; y MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio Público y Mercado. El Sistema Eléctrico*, CIVITAS, Madrid, 1998, pp. 103-104, sólo puede hablarse, en rigor, de una verdadera política comunitaria en materia de energía a partir del Acta Única.

¹⁵⁹ Especialmente en el caso de los hidrocarburos que se encuentran en régimen de monopolio y considerando que a esta fecha, como señala MARÍN QUEMADA, J. M., «El balance energético español presenta una estructura de consumo basada fundamentalmente en los hidrocarburos, fuente que satisface más del cincuenta por ciento de la demanda total, siendo objetivo de la política energética ajustar el resto de fuentes, aún con la lógica continuidad de las energías tradicionales, de tal forma que resulte decreciente la participación del petróleo, energía con origen exterior, estratégicamente vulnerable y de precio marcadamente errático», «El balance de energía: situación actual. Los planes energéticos», en *Situación*, núm. 2, Bilbao, 1987, p. 5.

¹⁶⁰ FERNÁNDEZ PÉREZ, B., GONZÁLEZ VEGA, J., SAÉNZ DE SANTAMARÍA, P. A., *Introducción...*, op. cit., p. 627.

¹⁶¹ FERNÁNDEZ PÉREZ, B., GONZÁLEZ VEGA, J., SAÉNZ DE SANTAMARÍA, P. A., *Introducción...*, op. cit., p. 653.

Para facilitar la consecución de este objetivo se introdujo la mayoría calificada, regulada en los artículos 18 y 19 del Acta Única -95 del TCE- para la adopción de los acuerdos relativos al mercado interior. Hasta entonces había sido necesaria la unanimidad y como puede suponerse muchas propuestas habían tenido que ser desechadas por el desacuerdo de tan sólo un Estado miembro. Esta situación, en cuanto a la materia energética se refiere, se había convertido en la regla. De manera que, este cambio en el sistema de adopción de las decisiones allanó el camino dando paso a la promulgación de una considerable cantidad de directivas. Entre ellas, en lo que aquí interesa la relativa a la creación del mercado interior del gas, que no obstante, podría decirse que por venir a la sombra de las relativas al mercado interior de la electricidad¹⁶², no verá la luz sino hasta 1998.

Con vista en las modificaciones introducidas por el Acta Única Europea, el Consejo de Ministros no tardó en adoptar la «Resolución relativa a los nuevos objetivos de la política energética comunitaria para 1995 y a la convergencia de las políticas de los Estados miembros», de 16 de septiembre de 1986¹⁶³. En primer término, dicha Resolución destaca que «el fin de toda política energética debe ser permitir al consumidor, disponer en condiciones económicas satisfactorias, de una energía suficiente y segura lo que constituye una de las condiciones esenciales para disponer de estructuras competitivas y permitir un crecimiento económico satisfactorio» (apartado 1). En esta Resolución se plantean objetivos sectoriales y horizontales. Sobre los primeros dispone que «deberán considerarse como líneas directrices indicativas y que podrán utilizarse como punto de orientación para examinar la convergencia y la coherencia de las políticas energéticas de los Estados Miembros» (apartado 6). En este sentido, con respecto al GN, determina: «el mantenimiento de la parte del gas natural en el balance energético sobre la base de una política dirigida a garantizar fuentes de

¹⁶² Todo el proceso de construcción del mercado interior del gas ha sido planteado de manera conjunta con el de la electricidad. Esto ha determinado que debido a la importancia de esta última, que la adopción de acuerdos en el sector del gas hayan quedado supeditados, en alguna medida, a los de la electricidad. Ello a pesar de que el GN es una energía primaria, que incluso es utilizada para la producción de ésta.

¹⁶³ Esta resolución (DO C, núm. 241 de 25 de septiembre de 1986) tiene su antecedente en la Resolución del Consejo, de 9 de junio de 1980, relativa a los objetivos de política energética de la Comunidad para 1990 y a la convergencia de las políticas de los Estados miembros (DO C, núm. 149 de 18 de junio de 1980).

abastecimiento estables y diversificadas, y a continuar y, llegado el caso, intensificar la prospección y la producción del gas natural en la Comunidad» (apartado 6 c)). Como un objetivo horizontal se proponía «la aplicación, en todos los sectores del consumo y para todas las formas de energía, de los principios comunitarios de precios de energía aprobados por el Consejo» (punto 5 c).

Por otra parte, pone de manifiesto el papel fundamental que desempeñan los Estados miembros en impulso de las fuerzas del mercado y la necesidad de que la Comisión supervise las políticas nacionales y verifique su convergencia. Además, admite expresamente la franca deficiencia que ha tenido el control del efectivo seguimiento de las directrices; pero, por otra parte, empieza a dibujarse con más claridad una política común de carácter global a nivel comunitario.

En 1986 ya existía conciencia de las ventajas del GN relativas a la poca contaminación que produce. Así se pone de manifiesto en la «Comunicación de la Comisión al Consejo sobre el gas natural de 23 de enero de 1987»¹⁶⁴: «En el futuro serán necesarias inversiones considerables para cumplir con las estrictas regulaciones del medio ambiente relativas a la contaminación atmosférica, en este contexto el gas natural podría disponer de una ventaja comparativa respecto del petróleo y al carbón», y concluye que: «una red totalmente integrada es condición necesaria para el desarrollo de un verdadero mercado común del gas natural. Por esta razón, así como por la seguridad del abastecimiento, la Comunidad y los Estados miembros deberían fomentar y facilitar en lo posible la integración más avanzada».

Así las cosas y debido a la importancia conferida a la realización del mercado interior, se publica el Libro Blanco sobre la «Realización del Mercado Interior»¹⁶⁵. Según este documento debe implantarse la competencia y la transparencia en los mercados, lo que implicaba que los monopolios nacionales de energía debían desmantelarse y las políticas nacionales sobre la materia debían coincidir en un mercado abierto. Sin embargo, la energía no estaba incluida expresamente en él y aunque la liberalización de

¹⁶⁴ COM (86) 518 final.

¹⁶⁵ COM (85) 310 final, de 14 de junio de 1988.

los mercados se emprendió en otros sectores, el de la energía se fue quedando rezagado hasta que finalmente se comprendió que el mercado interior no estaría completo sin un libre mercado de la energía¹⁶⁶.

Más bien de forma tardía las ideas planteadas en el referido Libro Blanco tuvieron sus repercusiones en el sector de la energía y aunque después de procesos muy controvertidos las políticas nacionales empezaron a converger, al menos en algunos aspectos. La que puede apuntarse como la mayor debilidad de los Estados miembros, terminará siendo también su punto de encuentro por constituir un factor común determinante: la dependencia del abastecimiento y por lo tanto, de las importaciones.

B. El mercado interior de la energía. Implicaciones.

En ese marco general de creación de un MIE se empieza a gestar, en 1987, un mercado interior energético. Ese año el Consejo de Ministros de energía estableció, como objetivo clave, su constitución para el 1 de enero de 1993. Con este propósito encargó a la Comisión que elaborara un informe sobre los obstáculos que podrían encontrarse y las posibles formas de eliminación de dichas trabas.

Es así como en 1988, se publica la Comunicación elaborada por la Comisión sobre «El mercado interior de la energía»¹⁶⁷, en la cual destaca una serie de obstáculos que impiden el avance de éste y la necesidad de actuar determinadamente para eliminarlos.

Entre los más relevantes se enumeran: las fronteras técnicas y las fronteras fiscales (impuestos indirectos) existentes; la falta de transparencia en la formación de los precios y en los costes; las normas de protección del medio ambiente; los monopolios legales o

¹⁶⁶ Como se refleja en un documento elaborado en 1988: «la energía es un componente tan importante de todas las actividades económicas de la Comunidad que no puede concebirse la realización de un mercado interior sin un mercado interior integrado de la energía» COM (91) 548 final, p. 2. Al respecto, TRILLO FIGUEROA MARTÍNEZ-CONDE, J., «La liberalización del mercado energético: incidencia en el ámbito jurídico de las energías primarias», en *Regulación sectorial y competencia*, Civitas, Madrid, 1999, p. 192. «Se trata de una condición que se considera esencial para la mejora de la competitividad de la economía comunitaria. El documento de trabajo estimaba que «El coste de la no Europa» en el ámbito de la energía, suponía entonces (año 1988) en torno a un 0,5 por 100 del PIB de la Comunidad.»

¹⁶⁷ COM (88) 238 final, de 2 de mayo de 1988.

naturales de distribución, y las autorizaciones administrativas para la construcción de nuevas instalaciones.

Al respecto, según señala la propia Resolución, debía actuarse prioritariamente en el fomento de las inversiones en infraestructuras especialmente de electricidad y GN; y en la aplicación del derecho comunitario al sector energético, esto implicaba la aplicación de todas las disposiciones relativas a la libre circulación de bienes y servicios a los monopolios del Estado de carácter comercial, a las empresas y a las ayudas estatales, así como, la adecuación a la realidad de los costes, precios y tarifas energéticas los cuales debían además, ser establecidos en condiciones objetivas y transparentes.

C. El mercado interior del gas natural. La liberalización en tres etapas.

En el caso específico del GN, en 1989, la Comisión mediante una Comunicación al Consejo¹⁶⁸ pone de manifiesto la situación del sector al señalar que: «por razones prácticas y técnicas, no hay competencia entre los suministradores de gas en las ventas a consumidores finales en ninguna zona de la Comunidad» y por lo tanto, señala que no existe presión alguna que les fuerce a trabajar más eficazmente y minimizar los costes, razón por la cual, la Comisión aboga por «conseguir una competencia de gas a gas mediante la implantación a nivel comunitario, de un sistema de acceso a terceros a la red europea de transporte».

De conformidad con dicha Comunicación, los principios que debían guiar el trabajo a realizar para la consecución del MIE eran: en primer lugar, la necesidad de una implantación progresiva, una realización gradual estableciendo un nivel mínimo de liberalización para cada fase. La aplicación en todo momento del principio de subsidiariedad, evitando la imposición de mecanismos rígidos; en el entendido de que cada Estado es libre para escoger el sistema que más le convenga de acuerdo con sus recursos. Este principio tendrá especial importancia durante la segunda fase, sobre todo en lo relacionado con el establecimiento de obligaciones de servicio público y el otorgamiento de derechos de distribución exclusiva. Además, señala que se debe evitar

¹⁶⁸ COM (89) 334 final. Comunicación de la Comisión al Consejo de 6 de septiembre de 1989: «Hacia la realización del mercado interior del gas natural»

la reglamentación excesiva, pese a que se tiene conciencia de que la apertura de los monopolios generará mayor reglamentación pero ésta, en todo caso, se considera que debe sustituir a la anterior. Finalmente, establece la preferencia del diálogo político con el Consejo y el Parlamento Europeo¹⁶⁹ en lo que se refiere a la toma de decisiones.

De esta manera, la Comisión presentó al Consejo una propuesta para la liberalización del mercado en tres etapas¹⁷⁰. Éstas quedaron reflejadas en las propuestas de Directivas que se plantearon y que inicialmente fueron adoptadas con cierta agilidad pero conforme el proceso fue avanzando los acuerdos se fueron haciendo más difíciles¹⁷¹. Como era de esperar, no todos los Estados miembros aceptaron sin reticencias las condiciones establecidas y el mercado interior, pese a que ha avanzado significativamente, aún no se ha logrado completar, como se verá más adelante.

Dentro de la primera etapa se consideraban incluidas las medidas relativas a la transparencia de los precios y el tránsito de gas a través de grandes redes. Posteriormente, en 1992, se pretendía poner fin a los derechos exclusivos eliminando cierto número de restricciones a la igualdad de acceso de las empresas a las actividades de exploración y prospección de hidrocarburos; y para finalizar, una tercer grupo de propuestas completaría el proceso liberalizador permitiendo la realización efectiva del mercado interior en su totalidad, a partir de la experiencia adquirida en las dos etapas anteriores.

a. La primera etapa de la liberalización.

Como ya se adelantó, la aplicación de las Directivas relativas a la transparencia de precios, sobre la cual ya se había emitido una recomendación anteriormente, y el

¹⁶⁹ En este sentido, MORENO BLESÁ, L., «La política energética comunitaria», en *Noticias de la Unión Europea*, núm.165, Octubre 1998, p. 85.

¹⁷⁰ COM (91) 548 final, de 21 de febrero de 1992 (DO C, núm. 65, de 14 de marzo de 1992).

¹⁷¹ Pues a esta fecha pese al apoyo por parte de los Estados de la idea de construir un mercado interior de la energía, subsistían algunas reservas en relación con las implicaciones de éste en sus políticas internas, se mostraban cautelosos ante la posibilidad de perder el control sobre su política nacional. En este sentido, HAALAND MATLÁRY, J., *Energy...*, op. cit., pp. 45 y ss.

tránsito de energía a través de grandes redes constituía su principal objetivo. En esta etapa, también se adoptaron otras directivas en el sector del GN, aunque de menor trascendencia, según se estudia a continuación.

i. Transparencia de precios.

Con respecto a la transparencia de precios se promulgó la «Directiva del Consejo relativa a un procedimiento comunitario que garantice la transparencia de los precios aplicables a los consumidores industriales finales de gas y de electricidad»¹⁷². No obstante, siendo tan diversos los factores que influyen en la formación de los precios, con ésta directiva se opta, antes que por pretender unificarlos, por establecer la obligación para las empresas de gas, de comunicar a la Oficina Estadística de las Comunidades Europeas (OECE) para su posterior publicación por parte de ésta, la siguiente información: primero, cada seis meses, los precios, las tarifas a partir de las cuales se obtienen los mismos y las condiciones de venta aplicables a los consumidores industriales finales de gas; y, segundo, cada dos años, sobre la distribución de los consumidores y los volúmenes correspondientes por categorías de consumo. Todo ello con el propósito de procurar la transparencia de los precios aplicables a los consumidores finales y evitar el falseamiento de la competencia.

A partir de esta Directiva, es decir, desde 1991, la OECE publica en mayo y en diciembre de cada año, los precios y sistemas de precios en todos los Estados miembros¹⁷³.

ii. Tránsito de gas por grandes redes.

La *Directiva relativa al tránsito de gas natural a través de las grandes redes*¹⁷⁴ es la que realmente constituye una expresión, aunque limitada, de la liberalización ya que con

¹⁷² Recuérdese que como se mencionó anteriormente ambos procesos se plantean paralelamente. Directiva 377/1990/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1990. (DO L, núm. 185 de 17 de julio de 1990). Modificada posteriormente por la Directiva 93/1987/CEE de la Comisión, de 22 de octubre de 1993 (DO L, 277/93, de 10 de noviembre de 1993).

¹⁷³ En este sentido, RASINES GARCÍA, L. A., «La política...», op. cit., p. 79.

ella se abre la posibilidad de ofrecer a terceros (empresas de distribución o grandes consumidores industriales) el acceso a las redes de transporte de alta presión, cumpliendo así con las normas sobre libre circulación y competencia.

A través de esta Directiva el Consejo impone a los Estados miembros el deber de adoptar las disposiciones necesarias para facilitar, en su territorio, el tránsito de GN entre grandes redes de transporte de alta presión bajo ciertas condiciones establecidas en la misma Directiva, que en todo caso, deben ser «no discriminatorias y equitativas para las partes interesadas, no deberán incluir disposiciones abusivas o restricciones injustificadas y no deberán poner en peligro la seguridad del suministro ni la calidad del servicio, teniendo en cuenta especialmente la utilización de las capacidades de producción y el almacenamiento y la explotación óptima de los sistemas existentes».

En primer término, la directiva define qué se debe entender por tránsito de GN entre grandes redes (art. 2.1). Con esta normativa se pretende generar que las entidades responsables de las redes en cada país miembro, generalmente aún en régimen de monopolio, negocien y celebren acuerdos que aseguren que las condiciones del tránsito sean no discriminatorias y equitativas para todas las partes interesadas, y que no se incluyan disposiciones abusivas o restricciones injustificadas (art. 3.2), es decir, que sean conformes con el principio de libre circulación¹⁷⁵. Además, establece que la falta de acuerdo sobre el tránsito solicitado debe resolverse con base en los procedimientos previstos por el Derecho comunitario (art. 4).

¹⁷⁴ Directiva 91/296/CEE, de 31 de mayo de 1991 (DOCE L., núm. 147, de 12 de junio de 1991). Esta Directiva fue modificada posteriormente por la Directiva 95/49/CE y ha sido derogada por el artículo 32.1 de la DG sin perjuicio de su aplicación a los contratos celebrados bajo su vigencia. Según señala su considerando 31 de la DG, se deroga «Con el fin de garantizar condiciones homogéneas de acceso a las redes de gas, incluso en los casos de tránsito».

¹⁷⁵ El acceso de terceros también llamado «common carriage» fue uno de los acuerdos que más conflicto provocó por cuanto las propietarias de las redes de gas y electricidad vieron la imposición del acceso a terceros como una imposición injustificada en su actividad comercial y se resistieron vigorosamente a él. HAALAND MATLÁRY, J., *Energy...*, op. cit., p. 48-50.

Esta Directiva se adoptó con base en el artículo 95 del TCE (art. 100 A) relativo a la aproximación de legislaciones, cuestión que ha sido objeto de polémica en el sentido de si ésta es una competencia suficiente para imponer este tipo de medidas¹⁷⁶.

iii. La contratación en los sectores excluidos.

Tras la aprobación del Libro Blanco, se adoptaron medidas relacionadas con los contratos de los denominados sectores excluidos¹⁷⁷. Concretamente, se adoptó una Directiva que puede incluirse en esta etapa, con la que se da otro paso con miras a la apertura a la competencia en éstos sectores y con ello hacia el mercado interior. Pese a que en un primer momento se aceptó que dichos sectores se excluyeran de las directivas que regulaban la contratación pública, a través de actos interpretativos se fue limitando dicha exclusión hasta llegar a la «*Directiva relativa a coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de normas comunitarias en los procedimientos de formalización de los contratos de las entidades que operen en los sectores de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones*»¹⁷⁸. Se abordan bajo la preocupación, presentada también en el Libro Blanco de 1985, relativa a la eliminación de las fronteras técnicas, para lo cual se propone la aproximación de las legislaciones nacionales¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Sobre este tema, desde la perspectiva de la legitimidad competencial de la Comunidad para imponer este tipo de medidas, DEL GUAYO, I., PIELOW, C., y ZIMMERMANN, N., «Precisiones en torno a las Directivas sobre tránsito de electricidad y gas», en *Noticias CEE*, núm. 105, 1993, pp.37-54.

¹⁷⁷ Al respecto, MEILÁN GIL, J. L., y AYMERICH CANO, C., «La contratación pública en los denominados «sectores excluidos». Consecuencias de la falta de incorporación de las directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE al derecho Español», en *Competencia y sector eléctrico un nuevo régimen jurídico*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 121-147.

¹⁷⁸ Directiva 92/13/CEE del Consejo, relativa a la coordinación de las disposiciones legales reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operan en los sectores del agua, energía, transportes y las telecomunicaciones de 25 de febrero de 1992 (DO L núm. 76, de 23 de marzo de 1992). La Directiva actualmente vigente en esta materia es la 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004.

¹⁷⁹ MEILÁN GIL, J. L., y AYMERICH CANO, C., «El principal objetivo perseguido por estas Directivas es asegurar un trato común, en materia de contratación, a todos los operadores en el mercado del agua, los transportes, la energía, las telecomunicaciones, con independencia de su sometimiento al Derecho público o al privado. (...) Y ello con la finalidad de abrir estos sectores a una competencia efectiva de ámbito

iv. Otras directivas adoptadas en esta etapa.

Además, en esta etapa se elaboraron otras disposiciones conducentes a la realización del mercado interior del GN entre ellas: la «Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre los aparatos de gas»¹⁸⁰. Mediante ésta se obligó a todos los Estados miembros a adoptar y publicar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para que los aparatos y equipos de gas que se pusieran en el mercado a partir del 1 de enero de 1992, se sujetaran a una normativa armonizada referida a «las prescripciones necesarias para cumplir las exigencias imperativas y esenciales de seguridad, sanidad y economía de la energía». Más tarde, dando continuidad a ésta se adoptó la «Directiva relativa a los requisitos de rendimiento para las calderas nuevas de agua caliente alimentadas con combustibles líquidos o gaseosos»¹⁸¹, con ésta perseguía, entre otras razones, mejorar el rendimiento de la demanda final de energía.

También se adopta la «Directiva relativa a la limitación del uso del gas natural en las centrales eléctricas»¹⁸², que elimina una restricción existente en este sentido ya que se considera que las ventajas medioambientales que proporciona el funcionamiento de las plantas de producción de electricidad a partir del GN son de significativa importancia¹⁸³.

comunitario como medio de promover la creación de empresas europeas con la dimensión suficiente para competir en un ámbito cada vez más global.», en «La contratación...», op. cit., p. 126.

¹⁸⁰ Directiva 90/396/CEE, (DO L, núm. 196, de 26 de julio de 1990).

¹⁸¹ Directiva 92/42/CE, (DO L, núm. 167, de 22 de junio de 1992). Al respecto, RASINES GARCÍA, A., «La política comunitaria del gas natural», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 179, diciembre 1999, p. 81.

¹⁸² Directiva 91/148/CEE, (DO L núm. 75, de 21 de marzo de 1991). Esta deroga la Directiva 75/404/CEE relativa al mismo tema.

¹⁸³ En este sentido, RASINES GARCÍA, A., «La política comunitaria...», op. cit., p. 80.

b. La segunda y tercera etapas de la liberalización.

En la segunda etapa se adopta la Directiva propiamente para la creación del mercado interior del GN y la tercera etapa intenta profundizar en el proceso de liberalización, no obstante, la previsiones temporales realizadas con respecto a la adopción de las mismas no se ha cumplido y los procesos se han llevado a cabo más lentamente. Las Directivas adoptadas en ellas se estudian más adelante.

Paralelamente, se continúa trabajando con el propósito de incluir una competencia específica sobre la materia en los Tratados y se firman otros instrumentos jurídicos a nivel internacional que refuerzan las actuaciones de la Comunidad en su intento por crear una política energética.

D. La Carta de la Energía y el Tratado sobre la Carta de la Energía.

Debido a su importancia y su relación con el mercado interior de la energía, se hace una breve referencia a estos instrumentos de carácter internacional, pese a que no son acuerdos estrictamente comunitarios.

Firmada en diciembre de 1991, la Carta de la Energía, es más bien una declaración de intenciones que, sin embargo, reviste mucha importancia pues ha sido firmada por 50 países, entre los que figuran todos los países de la OCDE, excepto Nueva Zelanda, los países de la Europa Central y Oriental y las repúblicas de la antigua Unión Soviética (salvo Turkmenistán) y de ellos sólo los Estados Unidos y Canadá no participaron en el posterior Tratado sobre la Carta de la Energía. España es miembro signatario de la Carta¹⁸⁴.

La Carta de la Energía está basada en el mercado interior de la energía y está dedicada a asegurar que los principios de éste son seguidos fuera de las fronteras de la Comunidad. Entre sus objetivos están contribuir a un mayor nivel de seguridad en el abastecimiento energético, buscar medidas eficaces para momentos de crisis, sobre todo para el

¹⁸⁴ El texto del Tratado sobre la Carta de la Energía se publicó en el DO L. núm. 380, de 31 de diciembre de 1994 y en el BOE de 17 de Mayo de 1994 y entró en vigor el 16 de abril de 1998.

petróleo, aumentar la eficacia de la producción, la transformación, el transporte y la utilización de la energía, así como alcanzar un mercado en este sector más amplio con acciones como el acceso al desarrollo de recursos energéticos, la protección del medio ambiente, de las inversiones, y la liberalización del comercio energético.

Mientras tanto, con el Tratado sobre la Carta, las Partes Contratantes aceptan esforzarse por disminuir las distorsiones en el funcionamiento correcto del mercado y las barreras a la libre competencia. Por otra parte, el tránsito de la energía es un pilar de este Tratado y se define, en términos generales, como el transporte de productos y materiales energéticos a través del territorio de una parte contratante que procedentes de un Estado se dirijan hacia un tercer Estado, siempre que algunos de ellos, sea parte de éste. Los Estados firmantes se comprometen a adoptar las medidas necesarias para facilitar el paso de estos productos con arreglo al principio del libre tránsito y a no poner obstáculos a la construcción de nuevas instalaciones. La protección del transporte del gas natural es uno de sus objetivos. En este sentido algunas firmas de ratificación han sido muy significativas, tal es el caso de Ucrania, en febrero de 1998, «país clave», por el cual transitan importantes cantidades de petróleo y GN procedente de Rusia y del Mar Caspio hacia los mercados Europeos¹⁸⁵.

La firma de la Carta y este Tratado puede apuntarse como un logro en lo que se refiere a la política de relación exterior de la Comunidad, especialmente si recordamos su gran dependencia, ya que con ésta se crea «un marco de cooperación excepcional que puede permitir la intensificación de las relaciones entre productores y consumidores en el continente europeo»¹⁸⁶.

¹⁸⁵ En «Informes» *REDETI*, núm. 1, 1998, p. 170.

¹⁸⁶ Al respecto, SODUPE, K., y BENITO, E., Los problemas energéticos en la Unión Europea a la luz del Tratado sobre la Carta de la Energía, en *Anuario de Derecho Internacional*, núm. 16, 2000, p. 421-445. Estos autores incluso se cuestionan en qué medida este texto legal puede hacer posible una menor dependencia de áreas de aprovisionamiento no europeas, reduciendo así los porcentajes de importaciones de regiones tan inestables como África del Norte y Oriente Medio.

E. Las redes transeuropeas en el Tratado de Maastricht. El principio de subsidiariedad

La adopción del Tratado de la Unión Europea (TUE), firmado en Maastricht el 27 de febrero de 1992, -entró en vigor el 1 de enero de 1993-, que temporalmente se ubica entre la primera y segunda etapa de la liberalización del mercado del gas, no constituyó un cambio significativo en cuanto a las competencias de la Comunidad en esta materia, pues el intento por introducir un capítulo sobre política energética no tuvo éxito¹⁸⁷. Sin embargo, el artículo 3n de este Tratado (154 TCE-) otorgó gran importancia a la creación de las redes transeuropeas en algunos sectores entre ellos el de la energía, electricidad y gas. De hecho, institucionalizó la figura con el propósito de proporcionar un instrumento más a la construcción del MIE y de promoción de la cohesión económica y social¹⁸⁸. Consecuentemente, estableció la necesidad de favorecer la interconexión e interoperabilidad de las redes nacionales y del acceso a las mismas.

Por otra parte el TUE, de acuerdo con su artículo 3t (3.1.u) TCE), permite llevar a cabo actuaciones en el campo de la energía al señalar que para alcanzar los fines del Tratado, la acción de la Comunidad implicará: «medidas en los ámbitos de la energía, de la protección civil y del turismo». Así como, en el ámbito del medio ambiente: «Como excepción al procedimiento de toma de decisiones contemplado en el apartado 1 y sin perjuicio del artículo 95, el Consejo por unanimidad a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, adoptará: medidas que afecten en forma significativa a la elección por un

¹⁸⁷ Así quedó reflejado en la Resolución del Comité Consultivo de la Comunidad Europea del carbón y del acero (93/C 14/02) «Por una política del carbón en el mercado interior», de 19 de noviembre de 1992, que recuerda que: «la política energética sigue siendo competencia de los gobiernos nacionales y que el tratado firmado en Maastricht no cambia dicha competencia en ningún aspecto, circunstancia ésta que justifica las diferencias entre las políticas energéticas de los Estados miembros, en función de la disponibilidad de sus recursos energéticos, así como de sus respectivas políticas económicas, sociales y medioambientales

¹⁸⁸ Al respecto, MARTÍN ARRIBAS, J. J., «Las redes transeuropeas. Balance actual y perspectivas de futuro», en *Anuario de Derecho Internacional*, núm. 14, 1998, pp. 235-291.

Estado miembro entre diferentes fuentes de energía y a la estructura general de su abastecimiento energético»¹⁸⁹.

Además, en materia de procedimiento, para la adopción de decisiones este Tratado introduce modificaciones al procedimiento de codecisión, -artículo 189b TUE- (251 TCE), suprimiendo un serie de trámites, reduciendo plazos y facilitando los acuerdos entre el Parlamento y el Consejo¹⁹⁰. Con base en éste se han adoptado algunas de las más recientes directivas en los sectores del gas y la electricidad.

Finalmente, debe resaltarse que el TUE introdujo un principio que ha jugado un papel importante en el proceso de construcción de la política energética comunitaria, el principio de subsidiariedad -art. 2 TUE-, (art. 5 TCE). De acuerdo con el citado principio: «En los ámbitos en que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión de los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario». En este principio se escudan los Estados miembros para considerar la política energética como un asunto de sus competencias internas¹⁹¹.

¹⁸⁹ La consulta al Comité de las Regiones, en realidad es un añadido hecho posteriormente por el Tratado de Ámsterdam.

¹⁹⁰ Al respecto, ALONSO GARCÍA, R., *Derecho...*, op. cit. p. 120-129.

¹⁹¹ En este sentido, SODUPE, K., y BENITO, E., «El celo con que los Gobiernos se aferraron a mantener el control sobre el sector de la energía, dadas las ramificaciones de todo orden que tienen las políticas concernientes a la misma, ha constituido un obstáculo insalvable (...) Estas consideraciones explican que los intentos por introducir un capítulo sobre política energética común no hayan tenido éxito», «Los problemas energéticos en la Unión Europea a la Luz del Tratado sobre a Carta de la Energía», en, *Anuario de Derecho Internacional*, núm. 16, 2000, p. 423.

F. La segunda etapa de la liberalización. La Directiva 98/30/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio de 1998, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural

La propuesta de Directiva presentada por la Comisión el 21 de febrero de 1992, relativa al establecimiento de normas comunes sobre el mercado interior del gas natural¹⁹² da inicio a la segunda etapa. De acuerdo con esta propuesta, a partir de la experiencia adquirida durante la primera fase se fijarían los detalles de la tercera, que se esperaba que entrara en vigor a partir del 1 de enero de 1996. Sin embargo, como se verá luego, la citada propuesta no se llega a promulgar sino hasta 1998, retrasándose todas las previsiones. En esta segunda etapa se plantean tres objetivos principales en la creación del MIE del GN: la libre circulación de productos, hace énfasis en la necesidad de garantizar la infraestructura de transporte requerida, la mejora de la seguridad y el abastecimiento, y de la competitividad.

Esta propuesta se realiza a partir de cuatro principios generales. En primer lugar, considera la necesidad de una realización gradual de manera que las empresas puedan ir ajustándose al nuevo entorno de manera flexible y ordenada. En segundo término, el principio de subsidiariedad, en el sentido de «no imponer mecanismos rígidos, sino que debería establecer un marco que permita a los Estados miembros escoger el sistema que más le convenga de acuerdo con sus recursos naturales, el estado de su industria y sus políticas energéticas». Adicionalmente, señala que se debe evitar la reglamentación excesiva procurando «no ir más allá de lo estrictamente necesario»¹⁹³. Finalmente, en cuanto a la dimensión institucional se decide «optar un enfoque basado en el apartado 2 del artículo 57 y en los artículos 66 y 100^a, ya que permiten un diálogo político con el Consejo y el Parlamento Europeo mediante el procedimiento de cooperación»¹⁹⁴.

¹⁹² COM (91) 548 final, de 21 de febrero de 1992.

¹⁹³ Estos principios se desarrollan en el documento COM (91) 548 final, de 21 de febrero de 1992, p. 8-9, de donde provienen las citas.

¹⁹⁴ Sobre este tema, DE LA CRUZ FERRER, *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico, Modelos y análisis de la Ley 54/1997*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 251.

En general, plantea que la apertura de los mercados nacionales debe ir acompañada por medidas que garanticen que la competencia es leal y que puede ser eficaz, con este propósito señala que deben controlarse severamente las ayudas del Estado¹⁹⁵. Debe fomentarse, según esta propuesta, el desarrollo y la integración de las infraestructuras en el nivel comunitario y hacerse un esfuerzo importante para la creación de normas técnicas comunes, así como la libertad de transacciones de compra y venta y de acceso a terceros. En relación con el consumidor, de acuerdo con los términos de esta propuesta, la mejor forma de lograr la protección del consumidor es permitirle escoger su proveedor. Finalmente prevé una cláusula de salvaguardia en el caso de que haya perturbaciones repentinas en el mercado de la energía y una cláusula de revisión para la aplicación de una tercera fase.

Específicamente en el sector del GN, el objetivo principal era la creación de competencia entre los distintos tipos de gas, lo cual se espera que genere las condiciones en las que el estímulo de la eficiencia en el suministro beneficie a proveedores y consumidores. Lo anterior considerando sus características concretas relativas a la disparidad, en ese momento, en la estructura y el desarrollo del mercado. Su crecimiento y su dimensión exterior son factores de gran importancia ya que la Comunidad depende, y se calcula que cada vez dependerá más, de terceros países. Con este propósito se plantea generar competencia en el nivel de producción y facilitar el acceso de terceros a la red. Se propone la liberalización del almacenamiento, únicamente en la medida en que esté vinculado al funcionamiento del mercado con el fin de acoplar la oferta a la demanda.

Sin embargo, dichas propuestas encontraron grandes desacuerdos, en especial, en relación con el sistema de libre acceso de terceros a las redes. La magnitud de la inversión realizada en esta industria y la necesidad de protegerla, así como la dificultad de una planificación a largo plazo constituían los principales argumentos esgrimidos en su contra. De ahí que la propuesta de Directiva fuera objeto de diversas modificaciones

¹⁹⁵ Al respecto, la Comisión ya había tomado algunas decisiones sobre casos de supuestas ayudas a consumidores industriales de gas natural en los Países Bajos, que originaron sentencias del Tribunal de Justicia de 2 de febrero de 1988 (Asuntos núm. 68 y 70/85) y de 12 de julio de 1990 (Asunto núm. c-169/84), en un intento por controlar este tipo de ayudas en este sector.

y de muchas discusiones, de las cuales surgió una nueva propuesta presentada por la Comisión el 7 de diciembre de 1993¹⁹⁶, por la cual se modificaban aspectos de la propuesta anterior, básicamente retrasando la entrada en vigor de la realización del mercado interior eléctrico al 1 de enero de 1999, y permitiendo a los Estados miembros recurrir al sistema de autorizaciones o a un nuevo procedimiento de licitación para la liberalización de la producción y la construcción de redes de transporte. El punto más importante y controvertido estaba referido a la propuesta sobre la sustitución del libre acceso de terceros cualificados por un acceso regulado. Aunque en realidad estos planteamientos se discutieron de manera más exhaustiva en torno a la electricidad, fue así como finalmente, se elaboró la Directiva permitiendo ambos tipos de acceso: negociado y regulado. Finalmente, en el sector del GN se tradujo en la *Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural* (DMIGAS), que según su artículo primero: «establece normas comunes relativas a la conducción, la distribución, el suministro y almacenamiento del gas natural, incluido el gas natural licuado (GNL), el acceso al mercado, al funcionamiento de las redes y a los criterios y procedimientos que deberán aplicarse para otorgar autorizaciones de conducción, distribución, suministro y almacenamiento de gas natural»¹⁹⁷.

En esta segunda etapa también, se debe hacer referencia a la Directiva del Parlamento y del Consejo 94/22/CE, de 30 de mayo de 1994 sobre las condiciones para la concesión y el ejercicio de las autorizaciones de prospección, exploración y producción de hidrocarburos, que constituyó un primer paso para armonizar los títulos habilitantes y los principios que deben regir su concesión, asegurándose el acceso no discriminatorio basado en criterios objetivos.

Nótese que tanto en la primera etapa como en esta segunda, no se refieren explícitamente normas relativas al control y vigilancia del cumplimiento de los

¹⁹⁶ COM/93/643 Final (DO C núm. 123 de 4 de mayo de 1994) Dictaminada por el Parlamento Europeo en la Resolución legislativa que contiene el Dictamen del Parlamento Europeo sobre la Propuesta de la Comisión al Parlamento y al Consejo de modificación de la Directiva. (DO C núm. 329 de 6 de diciembre de 1993).

¹⁹⁷ Publicada en el DO L núm. 204 de 21 de julio de 1998.

objetivos hasta aquí establecidos, esta función se deja a «los Estados Miembros». Al respecto, puede citarse el artículo 22 de la DMIGAS sobre las normas comunes en el mercado interior del gas: «Los Estados Miembros crearán mecanismos adecuados y eficaces para la regulación, el control y la transparencia, con el fin de evitar cualquier abuso de posición dominante, en detrimento de los consumidores en particular, y cualquier práctica abusiva. Dichos mecanismos tendrán en cuenta las disposiciones del Tratado y, en particular, de su artículo 86».

G. La Tercera etapa de la Liberalización. Los documentos preparatorios

Casi paralelamente, a la segunda etapa, -ya que el ritmo de la liberalización básicamente lo marcaba el sector eléctrico-, se llevaron a cabo una serie de estudios cuyo fin era poner en práctica la tercera etapa, la apertura total de los mercados. En este contexto se elaboran dos documentos: el Libro verde y el Libro Blanco cuyo contenido se expone a continuación. Esta tercera etapa aún no ha concluido.

a. El libro verde. «Por una política energética de la Unión Europea».

El marco de discusión y las reglas del juego ya están dadas sin embargo los acuerdos no son fáciles de alcanzar. La Comisión continúa haciendo esfuerzos por impulsar el MIE de la energía y como resultado se publica el Libro Verde 1994: «Por una política energética de la Unión Europea»¹⁹⁸, cuyo principal objetivo es «reunir los elementos necesarios para que las instituciones Europeas puedan evaluar la conveniencia o no de una mayor intervención de la Comunidad en este sector».

Por otra parte, en este documento se preconiza el definitivo establecimiento del MIE de la energía mediante la eliminación de obstáculos a su libre circulación, así como una política común de relaciones exteriores habida cuenta de la dependencia externa de los suministros. No obstante insiste en que, con relación al marco comunitario de actuación, existen dificultades para el desarrollo coherente de los distintos instrumentos debido a

¹⁹⁸ COM (94) 659 final, de 11 de enero de 1995.

«la falta de una definición clara de las responsabilidades de la Comunidad en política energética».

Entre los elementos esenciales destaca que en la integración del mercado el propósito de la Comunidad debe ser limitar la reglamentación a lo estrictamente necesario para conciliar la libre circulación y los objetivos legítimos de los Estados miembros por consiguiente, la intervención pública y eventualmente comunitaria, debe ser considerada necesaria sólo en casos limitados (apartado 3.2). Define también qué debe entenderse por función de interés económico general en el sector energético. Este Libro menciona, en líneas generales, las medidas de protección de los intereses de los consumidores, además observa que éstas se invocan con cierta frecuencia para proteger los mercados nacionales, tanto de la competencia interna como intracomunitaria, aun cuando se puede considerar, a priori, que el mercado puede satisfacer las necesidades de los consumidores, bastan para ello las capacidades de producción y las capacidades de importación (apartado 3.3).

Pero el Dictamen del Consejo Económico y Social (CES) sobre el Libro Verde¹⁹⁹, es muy crítico sobre éste. El CES coincide con la Comisión en la urgencia de abordar el tema, aunque considera que en esta ocasión sólo se ha hecho referencia a ideas «excesivamente generales» y no profundiza en la exposición de ideas de principio claras que vayan más allá de las políticas nacionales y de su convergencia; y señala, que no se encuentran en él criterios para delimitar de manera clara y sistemática las diferentes competencias de la Comunidad y de los Estados miembros, es decir, el principio de subsidiariedad. Subsiste el obstáculo de la indefinición de las competencias comunitarias.

b. El libro blanco. «Por una Política Energética para la Unión Europea».

La preocupación continúa latente y como culminación de estos trabajos en 1995, se publica el Libro Blanco «Por una política Energética para la Unión Europea»²⁰⁰. En este

¹⁹⁹ DO C, núm. 256 de 2 de octubre de 1995.

²⁰⁰ (COM (95) 682 final.

documento se definen tres preocupaciones principales: crear más competitividad, asegurar las fuentes de suministro y proteger el medio ambiente, sobre este último se pone un mayor énfasis.

Según los planteamientos de este documento se comprende finalmente, que la política energética ha de formar parte de los objetivos generales de la política económica comunitaria, y que ésta debe estar basada en la integración de los mercados. Se insiste en que la desregulación y la limitación de la intervención pública a lo estrictamente necesario son los mecanismos apropiados para lograr estos objetivos sin que por ello se deba descuidar la cohesión económica y social.

Sin embargo, más allá de estos objetivos generales, según este Libro Blanco, la política energética debe tender a alcanzar objetivos que compaginen la competitividad, la seguridad del abastecimiento y la protección del medio ambiente, considerando que las inquietudes fundamentales de la Unión son por una parte, la creación de empleo y la búsqueda de una mayor eficacia en el entorno económico general, que también incluye la organización de los sistemas energéticos y, por otra, la protección del medio ambiente.

La dimensión exterior es otro aspecto discutido que reviste gran relevancia por dos razones básicas: el abastecimiento de la Comunidad proviene de países no comunitarios y se prevé que el consumo de energía en los países no comunitarios crecerá. Asimismo, la seguridad del abastecimiento continúa siendo una preocupación constante de la Comunidad.

Este Libro Blanco señala que la tendencia a la globalización se ha agudizado a raíz de los cambios políticos, especialmente los experimentados en los países de Europa central y oriental y de la Comunidad de los Estados Independientes (CEI). A nivel económico, la firma del acuerdo sobre la organización mundial del Comercio (OMC) ha dejado patente el firme compromiso de las economías en favor de la liberalización del comercio y la inversión en el sector de la energía. También ha sido capital, la firma de la Carta de la Energía que supuso un compromiso a favor de la liberalización del comercio y la inversión en el sector de la energía.

Además, reitera que debe prevalecer el principio de proporcionalidad y que teniendo en cuenta la tendencia a la desregulación, hay que limitar la reglamentación al mínimo y por lo tanto, se debe evitar medidas reglamentarias cuando el mercado mismo pueda inducir los cambios necesarios: «En una situación en la que la principal preocupación de la Comunidad es abrir los mercados y eliminar políticas nacionales proteccionistas, no sería sensato proponer políticas intervencionistas a nivel comunitario. Si se quieren alcanzar todos los objetivos de la política energética, en particular la construcción del mercado interior de la energía, se requiere algún tipo de reglamentación para corregir las fuerzas del mercado y lograr los objetivos que forman parte de la legislación ya aprobada. La tendencia a políticas basadas en el mercado ha dado lugar a una fuerte presión política para reducir o eliminar legislación innecesaria que podría añadir costes y reducir la competitividad general de la industria. El presupuesto en que se basa la desregulación es que los mecanismos del mercado en muchos campos son la mejor herramienta para conseguir el uso más eficaz posible de los recursos»²⁰¹.

Por otra parte, de acuerdo con las orientaciones a las que debe ajustarse la legislación sobre energía, todas las propuestas legislativas deben sujetarse a un análisis coste-beneficio ya que se considera que la actuación comunitaria debe centrarse en aquellos campos en los que pueda lograrse un auténtico valor añadido y donde las políticas nacionales de energía creen barreras al comercio u otras distorsiones al mercado que impidan la construcción de objetivos energéticos acordados.

En relación con el MIE, el objetivo primordial es liberalizar el mercado interior de la electricidad y el GN y una vez que se tenga el marco legislativo adecuado, la Comunidad debe desempeñar un papel importante a la hora de asegurar que las obligaciones contraídas se cumplen de manera efectiva. Es necesario respetar las normas de la competencia. Las excepciones a la regla general, se deben tratar de manera restrictiva para evitar distorsiones innecesarias en la competencia. En particular, se considera de capital importancia asegurar la más completa transparencia en relación con

²⁰¹ Libro Blanco, p. 24.

las obligaciones de servicio público impuestas a las empresas del sector para salvaguardar los intereses de los consumidores.

En relación con el aspecto de la supervisión, pese a la dificultad para la consecución de los objetivos planteados en el Libro Blanco, sólo se hace referencia al hecho de que una menor intervención en el mercado de la energía exigirá una herramienta de supervisión eficiente para analizar y comprender la evolución del mercado en este sector tan estratégico y para que los cambios técnicos y estructurales no entren en conflicto con los objetivos de política energética.

Pero aún subsiste la preocupación por la dispersión de la normativa en este sector. Por ello se propone que la Conferencia Intergubernamental encargada de llevar a cabo la revisión de los Tratados, según el procedimiento establecido en el artículo N.2 del TUE, estudie la posibilidad de introducir en el futuro Tratado de Ámsterdam, un capítulo sobre la energía como política común²⁰².

Un año después, en 1997, en un dictamen del CES²⁰³, expresa que la imposibilidad de incluir un capítulo de energía en el Tratado de Ámsterdam, como lo habían propuesto algunos Estados miembros, y señala que mientras este paso no se dé es necesario evitar una lectura parcial que pueda llevar a valorar insuficientemente la seguridad del aprovisionamiento, que no refuerce la competitividad, que pueda resultar incompatible con la protección del medio ambiente o que se aleje de las necesidades de los ciudadanos en materia de seguridad o calidad del servicio.

En otro orden de cosas, pero también en relación con la energía, la protección del medio ambiente y las fuentes de energía renovables, poco a poco han ido adquiriendo mayor importancia, como fuentes sustitutivas y menos contaminantes. De ahí que a finales de

²⁰² SEC (96) 496 de 3 de abril de 1996

²⁰³ COM (97) 167 final. Dictamen del Comité Económico y social sobre la «Comunicación de la Comisión Visión Global de la Política y las Acciones en el campo de la energía», Bruselas, 29 de Octubre de 1997.

1996 se publican el «Libro Verde sobre las Fuentes de Energía Renovables²⁰⁴» y en 1997, una Comunicación de la Comisión: «Energía para el futuro: fuentes de energía renovables. Libro Blanco para una estrategia y un plan de acción comunitarios²⁰⁵» y posteriormente se han propuesto algunas directivas con el propósito de ir incorporando estas fuentes de energía en el sector²⁰⁶.

En materia fiscal, se avanzó en la armonización y aproximación de los tipos tributarios de los impuestos especiales, entre ellos los de los hidrocarburos. La normalización se lleva a cabo a través del Comité Europeo para la normalización (CEN). Además, se adaptó un reglamento con el objetivo de armonizar la comunicación a la Comisión de los proyectos de interés comunitario en los sectores del petróleo, el gas natural y la electricidad²⁰⁷.

H. El Tratado de Ámsterdam. Otro intento fallido por introducir un capítulo de política energética.

El Tratado de Ámsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997 entró en vigor el 1 de mayo de 1999. Se incorpora con éste un nuevo principio inspirador de las políticas de la Unión Europea que va a incidir directamente en el sector de la energía: el principio de desarrollo sostenible. Así, se modifica el considerando número siete del Preámbulo del Tratado de la Unión para decir que los Estados miembros están «decididos a promover el progreso social y económico de sus pueblos, teniendo en cuenta el principio de desarrollo sostenible, dentro de la realización del mercado interior y del fortalecimiento de la cohesión y de la protección del medio ambiente...» Asimismo, lo recoge en el

²⁰⁴ COM (96) 576 final. «Libro Verde para una estrategia comunitaria de la Comisión, de 20 de noviembre de 1996, sobre fuentes de energía Renovables».

²⁰⁵ COM (97) 599 final, de 26 de noviembre de 1997.

²⁰⁶ Sobre este tema, DOMINGO LÓPEZ, E., *Régimen Jurídico...*, op. cit., p. 66.

²⁰⁷ Reglamento CE núm. 736/1996 del Consejo de 22 de abril de 1996. (DOCE L núm. 102, de 25 de abril de 1996), que ha sido desarrollado en el Reglamento CE núm. 2386/1996 de la Comisión de 16 de diciembre de 1996 (DO L núm. 326 de 17 de diciembre de 1996).

artículo 2 del Tratado, mencionando que la Comunidad tendrá por misión promover un desarrollo armonioso equilibrado y sostenible.

Con este Tratado se inserta también una modificación al artículo 130S (art. 175 TCE), estableciendo que el Consejo por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo podrá adoptar «medidas que afecten de forma significativa a la elección por un Estado miembro entre diferentes fuentes de energía y a la estructura general de su abastecimiento energético»²⁰⁸. Además, modifica el artículo 129 C (155 TCE), permitiendo la financiación de proyectos de interés común, a fin de asegurar el desarrollo de las redes transeuropeas. En este sentido señala que: «la Comunidad podrá apoyar proyectos de interés común apoyados por los Estados miembros (...) especialmente mediante estudios de viabilidad, de garantías de crédito o de bonificaciones de interés»²⁰⁹.

No obstante, su objetivo de introducir un capítulo sobre política energética se frustra una vez más, por lo que su acción en este ámbito continúa refiriéndose a las diversas materias relacionadas con ésta.

Por otro lado, en el Tratado de Ámsterdam se introdujo como anexo un Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad²¹⁰ cuyo objetivo es la incorporación de una serie de criterios para facilitar la comprensión de los límites de ambos principios. En términos generales este Protocolo no hace sino reiterar lo que ya

²⁰⁸ Sin embargo, al requerirse unanimidad, este precepto puede quedarse tan sólo en el papel, como señala DOMINGO LÓPEZ, E., «la adopción de este precepto supone un importante avance –quizás únicamente formal- en el desarrollo de una política energética global para la Unión Europea», en, *Régimen jurídico de las energías renovables y la cogeneración eléctrica*, INAP, Madrid, 2000, p. 65.

²⁰⁹ Anteriormente el texto decía «podrá apoyar los esfuerzos financieros de los Estados miembros para proyectos de interés común financiados por los Estados miembros.» Sobre este tema, GONZÁLEZ FINAT, A., «La participación de la Unión Europea en la financiación privada de infraestructuras. Las redes transeuropeas y su financiación», en *La financiación privada de Obras Públicas. Marco institucional y técnicas aplicativas*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 29-36.

²¹⁰ Como Protocolo se introdujo como anexo la parte de las conclusiones del Consejo Europeo de Birmingham y de Edimburgo de 1992 referida a la subsidiariedad, así como el Acuerdo Interinstitucional de 1993. MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, D., *Instituciones y Derecho...*, op. cit., p. 48; y, GARCÍA ALONSO, R., *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Centro de Estudios Constitucionales, BOE, Madrid, 2001, p. 170-192.

ha sido dicho, tanto por el Tribunal de Justicia como por el propio Tratado. Su verdadera importancia radica en que al ser incorporado como Protocolo anejo, permite «aplicar éstos dado su carácter jurídico vinculante»²¹¹.

Ambos principios tienen especial incidencia en el sector de la energía. El principio de subsidiariedad, introducido por Maastricht, está contenido en el artículo 5 TCE. En este sentido, el Protocolo viene a resaltar que éste «no pone en tela de juicio las competencias conferidas a la Comunidad por el Tratado, conforme las ha interpretado el Tribunal de Justicia (...) El principio de subsidiariedad ofrece una orientación acerca de cómo deben ejercerse esas competencias a nivel comunitario. La subsidiariedad es un concepto dinámico y debe aplicarse a tenor de los objetivos que señala el Tratado. Permite que la intervención comunitaria, dentro de los límites de sus competencias, se amplíe cuando las circunstancias lo exijan e, inversamente, que se restrinja o abandone cuando deje de estar justificada» (apartado 3). En el ámbito de la energía, el principio de subsidiariedad se ha recogido en el artículo 2º de la Directiva del mercado interior de electricidad y gas.

Por su parte, el principio de proporcionalidad²¹² comporta que «ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del Tratado». Éste desempeña una función importante en la consecución de las actividades consideradas de interés económico general, sin causar restricciones en el comercio o a la libre competencia.

²¹¹ Informe sobre las reformas del Tratado de Ámsterdam y su incidencia en el sector de la energía, Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía, 3 de junio de 1999. Consejero-Ponente D. Vicente López-Ibor Mayor, p. 27.

²¹² Sobre este principio, LIÑAN NOGUERAS, A., y MANGAS MARTÍN, D., «El principio de proporcionalidad hasta el Tratado de Maastricht, era una aportación jurisprudencial del Tribunal de Justicia referida a la protección de los operadores económicos. El TJCE ha estimado en reiteradas ocasiones que su respeto integra la legalidad de los actos comunitarios y, llegado el caso, podría anularse si se estimara por el TJCE su violación.» El Tribunal de justicia ha afirmado que «para determinar si una disposición del Derecho Comunitario está de acuerdo con el principio de proporcionalidad, es necesario verificar si los medios elegidos son aptos para la realización del objetivo pretendido y si no van más allá de lo que es necesario para lograrlo» Sentencia de 9-11-95, Alemania c. Consejo, C-426/93, en *Instituciones y Derecho...*, op. cit., pp. 49-50.

I. El Tratado de Niza y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

El Tratado de Niza, aprobado en 26 febrero de 2001, -en vigor desde el 1 de enero de 2003-, no se puede dejar de mencionar para completar el panorama de las fuentes originarias del Derecho Comunitario. Sin embargo, las principales preocupaciones que dieron origen a este Tratado poco tienen que ver, al menos directamente, con la introducción de una competencia en materia de energía. Se trata más bien de una reforma en el nivel de las Instituciones.

Resultados más concretos se extraen del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, adoptado el 29 de octubre de 2004. Por su parte, el artículo I-14.2 establece varios ámbitos en los cuales se aplicaría la competencia compartida²¹³ entre los Estados Miembros y la Unión. Entre los cuales se recogen en el inciso h) las redes transeuropeas, y en el i) la energía. Adicionalmente, en la Sección 10 del Capítulo III del Título III «De las Políticas y el Funcionamiento de la Unión», el artículo 256 regula lo relativo a la energía en los siguientes términos: «1. En el marco del funcionamiento o del establecimiento del mercado interior y habida cuenta de la exigencia de conservar y mejorar el medio ambiente, la política energética de la Unión tendrá por objetivo: a) garantizar el funcionamiento del mercado de la energía; b) garantizar la seguridad del abastecimiento energético en la Unión, y c) fomentar la eficiencia energética y el ahorro energético así como el desarrollo de energías nuevas y renovables». A continuación en su apartado 2. señala que la ley o ley marco europea, que se adoptará previa consulta al Comité de las Regiones y al Comité Económico y Social, establecerá las medidas necesarias para alcanzar dichos objetivos. Deja muy claro, en cualquier caso, que la ley o ley marco europea no afectará al derecho de un Estado miembro a determinar las condiciones de explotación de sus recursos energéticos, sus posibilidades de elegir entre distintas fuentes de energía y la estructura

²¹³ Según el artículo I-12.2 del mismo texto normativo: «Cuando la Constitución atribuya a la Unión una competencia compartida con los Estados miembros en un ámbito determinado, la Unión y los Estados Miembros podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en dicho ámbito. Los estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya o haya decidido dejar de ejercerla».

general de su abastecimiento energético. Con alguna excepción establecida en el artículo III-234.2 letra C), relativa al medio ambiente, de acuerdo con la cual «el Consejo adoptará por unanimidad leyes o leyes marco europeas que establezcan c) medidas que afecten de forma significativa a la elección por un Estado miembro entre diferentes fuentes de energía y la estructura general de su abastecimiento energético». Llama la atención, la forma como se ha regulado esta política por la relación directa que se establece con la política de medio ambiente, deja la sensación de que se requiere un soporte, una “excusa”, para incluir dichas regulaciones y el medio ambiente resulta la justificación perfecta, a esos efectos, por ser un problema de tanta actualidad.

3. El nivel nacional

Por otro lado, en el nivel nacional es imperativo llevar a cabo las modificaciones necesarias para adaptarse a las Directivas promulgadas como resultado del proceso anterior y adicionalmente, como producto del proceso de privatizaciones impulsado por el Gobierno.

Empieza a hacerse evidente la importancia del GN en el balance energético nacional, y ello se pone de manifiesto en el último plan que se realiza bajo la vigencia de la Ley del Gas, el Plan Energético Nacional 1991-2000, cuyo contenido se expone a continuación.

A. El Plan energético Nacional de 1991-2000 (PEN-92).

Este plan²¹⁴ se realiza en un contexto, de desarrollo del mercado y la industria del gas, distinto del que había caracterizado a los planes anteriores, lo que provoca que su posición en el mismo sea notablemente diferente. La apuesta por el desarrollo gasista es definitiva²¹⁵. Y ya se ha puesto en marcha el mercado interior, por ello la planificación

²¹⁴ Aprobado por el Congreso de los Diputados el 9 de abril de 1992. Este plan como señala VELA, A. «supone una innovación en forma y contenido respecto de los redactados hace una decena de años (...) destaca su brevedad, la generalidad de sus planteamientos y la flexibilidad de la planificación propuesta, confiando a las ventajas de la liberalización de los mercados energéticos el logro de una mejor asignación de recursos», en *El gas...*, op. cit., p. 473.

²¹⁵ TRILLO FIGUEROA MARTÍNEZ-CONDE, J., y DE BORJA LÓPEZ-JURADO, F., «Medidas de liberalización económica: “distribución de carburantes”» en: *Reforma y liberalización económica. Los Decretos-Leyes de junio de 1996*, Civitas, Madrid, 1996, p. 282.

del sector toma mayor énfasis y se orienta básicamente a: continuar potenciando el consumo, favorecer la competitividad de las empresas para mejorar su posición frente al mercado interior de la energía e incrementar el suministro de este combustible para ajustar la oferta a la demanda, asegurando el abastecimiento al mínimo coste²¹⁶.

En cuanto a los usos industriales se apunta como relevante, el que se generará a partir de la utilización de esta energía por parte de las centrales eléctricas. Tanto para los usos comerciales, como domésticos e industriales, la utilización de GN constituye una alternativa importante debido a la reducción de la contaminación que genera, cuestión relevante de cara a los compromisos medioambientales que en el nivel internacional se han venido adquiriendo.

Además, el Plan hace referencia al acuerdo tripartito entre Argelia, Marruecos y España, firmado el 30 de abril de 1991, por el que se acordó la construcción del gasoducto Magreb-Europa, por el que se suministrará gas argelino a Europa occidental. Por otra parte se preveía que el gasoducto Calahorra-Lacq comenzara a funcionar en 1992, con las implicaciones que ello tiene sobre la diversificación de los suministros.

Según lo estipulado en este Plan: «La competitividad de este sector depende, en gran medida del tamaño de las empresas y del grado de integración vertical alcanzado, como consecuencias de las características estructurales de su actividad»²¹⁷ Por tanto, en relación con la estructura del sector, se anota la necesidad de reordenarlo orientándolo hacia una «mayor vertebración del aprovisionamiento, transporte, distribución y comercialización del gas»²¹⁸. Se trata de configurar una estructura empresarial similar a la de los países comunitarios, caracterizada por una compañía de abastecimiento y transporte y otra de distribución con dimensión suficiente para el ulterior desarrollo del sector.

²¹⁶ *Plan Energético Nacional*, 1991-2000, Ministerio de Industria y Energía, p. 18-19.

²¹⁷ *Plan Energético Nacional*, 1991-2000, Ministerio de Industria y Energía, p. 124.

²¹⁸ *Plan Nacional Energético*, 1991-2000, Ministerio de Industria y Energía, p. 124.

B. Medidas liberalizadoras introducidas en el nivel nacional con posterioridad a la Ley del Gas. El acceso de terceros a las redes.

Según se ha observado, la Ley del gas se promulgó cuando las modificaciones sustanciales en materia de GN en la Comunidad Europea, apenas se empezaban a concretar. A raíz de ello, las reformas para ajustar la normativa del sector a las disposiciones adoptadas se realizaron a través de reformas parciales referidas específicamente a dos aspectos: la transparencia de precios y el tránsito a través de grandes redes. Las directivas adoptadas se transpusieron básicamente a través de dos Reales Decretos que constituyen los antecedentes del sistema que está actualmente vigente²¹⁹.

El régimen económico diferenciaba entre tarifas industriales y para usos domésticos y comerciales. Las tarifas industriales a su vez se clasificaban en función del uso del GN, ello constituye el principal cambio del sistema²²⁰.

En relación con la transparencia de precios, diversos decretos fueron promulgados con el propósito de dar cumplimiento a la directiva. En materia de tarifas industriales rige entonces la Orden de 30 de septiembre de 1999. Las tarifas domésticas y comerciales estaban reguladas por la Orden por la Orden de 6 de septiembre de 1996.

Con respecto al acceso de terceros a la red, la clave de la liberalización del sector²²¹, la transposición realizada inicialmente a través del RD 1377/1996, de 7 de junio, sobre

²¹⁹ En opinión de TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ-CONDE, J., «A pesar de los cambios impulsados por la Unión Europea, en los sectores de la electricidad y del gas, en España, como antes sucediera en el Reino Unido, no son consecuencia directa de la política energética comunitaria (...) la política del gobierno español ha ido más lejos de los cambios exigidos por Bruselas», en «La liberalización del mercado energético: incidencia en el ámbito jurídico de las energías primarias», en *Regulación sectorial y competencia*, Civitas, Madrid, 1999, p. 192. En el mismo sentido, RASINES GARCÍA, L., «La liberalización del mercado del gas natural en España», *EKONOMIAZ*, núm. 44, 1999, p. 323.

²²⁰ En cuanto a las tarifas industriales, estaba vigente una Orden del Ministerio de Industria y Energía de 30 de septiembre de 1999, por la que se actualizan los parámetros del sistema de precios máximos para los suministros de gas natural para usos industriales, modificada en su Anexo II por la Orden Ministerial de 13 de abril de 2000. Las tarifas domésticas y comerciales han estado reguladas por la Orden del 12 de febrero de 2001, del MITC (BOE núm. 43 de 19 de febrero de 2001, con una corrección de errores en el BOE núm. 46, de 22 de febrero de 2001), que sustituyó la Orden de 10 de mayo de 1999 y ésta a su vez, a la de 6 de septiembre de 1996 del Ministerio de Industria y Energía.

medidas económicas de liberalización en materia de vivienda y gas. Basta con leer su encabezamiento para saber que la regulación no era muy afortunada, puesto que no debe perderse de vista el hecho de que la publicatio del servicio establecida por la LG aún estaba vigente. Los objetivos planteados en su exposición de motivos eran muy ambiciosos para el estado de cosas en ese momento «(...) a través del presente Real Decreto se pretende garantizar un desarrollo suficiente de la red nacional de gasoductos y el correcto aprovechamiento de sus posibilidades, con objeto de responder a las necesidades de diversificación de las fuentes de suministro e introducción del máximo grado de eficiencia y competencia en la gestión de las redes, principios ambos derivados de la política energética vigente» Mediante este RD se introdujo un sistema de ATR tutelado por la administración y basado en la negociación de los términos del contrato por las partes interesadas -ATR negociado-, con ciertas cláusulas prefijadas por la Administración, básicamente con el objeto de asegurar la no discriminación, transparencia y objetividad, así como determinadas obligaciones relativas a la seguridad del suministro, aspectos relacionados con el precio y las causas de extinción de los contratos. Este acceso estaba restringido a los gasoductos de transporte de alta presión. El umbral de consumo establecido para tener derecho de acceso a la infraestructura se reducía básicamente a las centrales termoelectricas.

Consecuentemente, el Capítulo II del citado RD 1377/1996 fue rápidamente derogado, por el RD 2033/1996, de 6 de septiembre, de acceso de terceros a la red nacional de gasoductos y a las plantas de regasificación susceptibles de alimentarla. En general, este RD disponía, esencialmente, lo mismo que el anterior, pero se adecuaba su rúbrica, ya que, efectivamente, el sector del gas no podía declararse liberalizado²²². Según su exposición de motivos: «Las funciones que se reserva la Administración en cuanto a los contratos que se establecen entre las concesionarias de la red nacional de gasoductos y

²²¹ TRILLO-FIGUEROA, J., y DE BORJA LÓPEZ-JURADO, F., «En sectores donde se da el monopolio natural las condiciones de acceso de terceros son la llave que abre o cierra la competencia, decisiva tanto si otras fases del ciclo económico asociado a esos productos o servicios se han liberalizado, como si permanecen –como es el caso del gas natural- bajo reserva del sector público», en «Medidas de...», op. cit., p. 261.

²²² Al respecto, SOUVIRÓN MORENILLA, J. M., *La actividad de la Administración y el servicio público*, Ed. COMARES, Granada, 1998, pp. 384-385.

de las plantas de regasificación y los grandes consumidores con posibilidades, de acuerdo con el presente Real Decreto, de acceso a los servicios que aquéllas pueden prestarles son las de vigilancia del correcto desarrollo de la competencia y prevención de posibles abusos de posición dominante, mantenimiento del servicio público existente y garantía de un nivel adecuado de seguridad y calidad en el suministro, así como de la diversificación de los abastecimientos. El cumplimiento de estas funciones se ejercita a través del control que la Dirección General del Energía del Ministerio de Industria y Energía ejercerá sobre el concreto acceso a las redes y servicios por los terceros»

Como era de esperarse, dada la situación monopolística del sector, (en ese momento todavía en manos públicas), bajo la vigencia de estos Reales Decretos no se realizaron transacciones. Entonces, se dio un tercer cambio por un sistema de acceso que se estableció mediante el RD 1914/1997, de 19 de diciembre. Éste fue el último promulgado en el marco de la Ley del Gas de 1987 que regulaba los peajes y cánones relativos al servicio de acceso de terceros y que fueron derogados por el sistema integrado de precios introducido con posterioridad incluso a la LSH. Adicionalmente, este RD establecía unas nuevas condiciones de acceso²²³. La principal modificación contenida en éste con respecto al anterior es la introducción de la posibilidad de optar por un sistema regulado de acceso. Además, en este decreto se redujo el umbral exigido por los anteriores para merecer la condición de consumidor con derecho a contratar servicios de ATR y con capacidad para adquirir y contratar gas fuera del esquema concesional para atender las necesidades del creciente desarrollo del gas en España, «todo ello teniendo en cuenta el mantenimiento del equilibrio económico-financiero de los concesionarios, con arreglo a sus plazos concesionales, mediante la definición de un sistema adecuado de tarifas» (exposición de motivos). Esta normativa continuará vigente aún después de promulgada la LSH.

²²³ Algunos comentarios sobre este sistema en TRILLO-FIGUEROA, Liberalización económica: «Distribución de carburantes» en *Reforma y Liberalización económica. Los Decretos –leyes de junio de 1996-*, Civitas, 1996, p. 274; SÁNCHEZ BUSTAMANTE, A., «El derecho de acceso de terceros a las redes eléctricas», en *Regulación sectorial y competencia*, CIVITAS, 1ª ed., 1999, pp. 125-141.

Por otra parte, en cuanto al gas butano se refiere, en virtud de la Ley 34/1992 de 22 de diciembre, desapareció el monopolio de petróleo²²⁴. Mediante RD 4/1991, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del monopolio de petróleo al marco comunitario, dispuso la desmonopolización de la distribución de los gases licuados del petróleo, y se estableció que las instalaciones de recepción, almacenamiento y transporte propiedad de Repsol-Butano podrían ser utilizados por terceros en condiciones no discriminatorias, transparentes y objetivas. No obstante, el peso de esta empresa en el mercado de los GLP ha determinado su predominancia y consolidación en el sector y actualmente la regulación de este tipo de gas combustible se encuentra incluida en la Ley de Hidrocarburos, pero separada de las regulaciones relativas al GN, creando dos mercados distintos que no se consideran en competencia.

C. El paralelo proceso de privatización. La configuración del sector industrial hasta 1998.

En el marco general de la introducción de competencia y consecuente liberalización de los servicios públicos y con vista en los objetivos del nuevo gobierno en el marco de un plan de privatizaciones²²⁵, a nivel empresarial se continúa con la reducción de la participación pública en el sector que venía siendo practicada en los años anteriores.

Es así como, se constituye el holding Gas Natural SDG (Sociedad de Desarrollo del Gas), S. A., resultado de la absorción de Gas Madrid por Catalana de Gas²²⁶, en cuyo capital social participaban REPSOL con un 25,5% y el INH con el 14%. Con ello el sector público poseía aún el 39,5 %.

²²⁴ Sobre este tema, SALA ARQUER, J. M., *La liberalización del monopolio de petróleos en España*, Marcial Pons, Madrid, 1995, y GARCÍA COCA, J. A., *Sector petrolero español: análisis jurídico de la despublicatio de un servicio público*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 479.

²²⁵ Sobre los detalles de este Plan de privatizaciones iniciado en 1983, ARIÑO ORTIZ, G, *Principios de Derecho Público Económico, Modelo de Estado, Gestión pública y Regulación Económica*, Ed. Comares, Fundación de Estudios de Regulación, Granada, 2001, pp. 463-475, y sobre el proceso privatizador a partir de 1996, GAMIR, L., *Las privatizaciones en España*, Colección Economía XXI, Madrid, 1999, p. 191.

²²⁶ SÁNCHEZ NÚÑEZ, P., «Los modelos de regulación de los sectores energéticos en España», en *Economía Industrial*, núm. 318, 1997, pp. 79-80.

De esta manera, el sector tiene tres actores principales: ENAGAS, REPSOL, y GAS NATURAL, S. A. Las demás empresas del sector se agrupan en la Unión de Distribuidoras de Gas Canalizado (UNIGAS). No obstante, casi todas ellas son participadas por REPSOL y GAS NATURAL. Mientras tanto, ENAGAS mantiene su posición privilegiada como gestora de la Red Nacional de Gasoductos y la distribución del gas entre las compañías concesionarias.

En 1994, el INH había vendido a Gas Natural, S.D.G., S.A. el 91% del capital ENAGAS²²⁷ y en octubre de 1998, se transfirieron a la Sociedad de Participaciones Industriales (SEPI), creada mediante RD-Ley 5/1995, de 16 de junio de 1995, las acciones del Estado de las empresas REPSOL, S. A., ENAGAS, S. A., Sagane, S. A., Gas natural, S.D.G., S. A., entre las que aquí interesan. De esta manera, la SEPI se convierte en el instrumento canalizador de la privatización de todas las empresas integradas en la misma.

El 9% restante del capital de ENAGAS fue adquirido por Gas Natural SDG, en 1998, quedando en el sector privado la totalidad de la Industria y dando lugar a un sector concentrado e integrado verticalmente, con un monopolio de hecho, bajo el régimen de concesión administrativa.

Así se llega a la publicación en 1998 de la Ley de Hidrocarburos, que dedica un capítulo a la normativa relativa al GN. Con ella se inicia una nueva etapa: la liberalización del mercado de este combustible, pues el hecho de que se trasladara al sector privado la propiedad de la empresa más importante de esta industria, y que se introdujera un sistema de ATR, no constituían un impulso suficiente para el proceso de liberalización del mercado. Aún queda la tarea de despublificar el sector e introducir los mecanismos que favorezcan la efectiva puesta en marcha de un mercado competitivo, objetivo con el cual se promulga la LSH. Se pretende restituir esa esfera de libertad que a través de la historia ha sido ampliada o reducida según las circunstancias históricas, que una vez más empujan hacia una ruta concreta: el cambio de regulación con miras a una apertura

²²⁷ Esta operación se anunció en septiembre de 1993 se cerró en junio de 1994 y fue muy criticada. En este sentido, GONZÁLEZ SALINAS, J., «Infraestructuras de gas», op. cit., p. 256.

del mercado que posibilite la libre competencia, una nueva adaptación de la legislación a la realidad actual en el marco de la globalización de la economía y la creación de un mercado interior europeo de la energía. Un sector intervenido desde su nacimiento a través de diversas técnicas se traslada a la esfera privada, despublicándolo, lo que en teoría debe conducir a unas técnicas de intervención más a nivel de control, no obstante la realidad imperante, dichos procesos requerirán de plazos más largos que los estipulados en la ley que los impulsa.

CAPÍTULO SEGUNDO.

EL CAMBIO REGULATORIO INTRODUCIDO POR LA LSH.

CUESTIONES PRELIMINARES Y ASPECTOS GENERALES.

I. Planteamiento

En el contexto descrito en la última parte del capítulo anterior se promulga la LSH. Esta ley ha creado, finalmente, un sistema prácticamente exclusivo para el GN como resultado no sólo del énfasis que se ha puesto en las últimas décadas en el impulso de este combustible y por tanto, en la construcción de las infraestructuras de transporte y distribución, según se observó en los últimos planes energéticos, sino también, de otros factores de carácter internacional, tales como, el descubrimiento de nuevas fuentes del combustible, los avances tecnológicos, y de la necesidad de diversificar los abastecimientos.

Por esta razón, se considera necesario, en primer término, realizar una serie de consideraciones generales técnicas, extra-jurídicas, en torno al GN, ya que son claves para la interpretación de la regulación contenida en la Ley, debido a las peculiaridades del combustible. Se realiza una breve referencia a sus principales características y al llamado «ciclo del gas natural».

Adicionalmente, se introducen una serie de temas o aspectos que están presentes o deben considerarse a lo largo de la estructuración del conjunto de normas que regulan el sector, es decir, de su régimen jurídico general, aquellos aspectos necesarios para que la despublicación no pase por la pérdida del deber de cuidado de todo lo relativo al interés general, que debe ser el objetivo último de la Ley, y que en este caso, se traduce en la satisfacción del consumidor, la defensa de sus derechos e intereses y el respeto del régimen de libre competencia.

El objetivo de este capítulo es delimitar el marco legislativo, tanto comunitario como nacional, que debe considerarse en la aplicación de la LSH, así como las nociones básicas de los principales fenómenos que se observan en los nueve años de vigencia de la misma y cómo se entenderán en el contexto de este estudio, de manera que sirvan de punto de referencia y partida, para el análisis detallado de la normativa que ella contiene.

II. El Sistema gasista. Algunas cuestiones técnicas

La LSH se refiere casi exclusivamente al gas natural. Los otros tipos de gases combustibles que se distribuyen por canalización están considerados de manera muy escueta y los GLP tienen su propia regulación en el Título III, Capítulo III del mismo texto normativo. De hecho, como ya se observó, al sistema se le denomina «del Gas Natural», aunque sus disposiciones referidas a la autorización de instalaciones de distribución rigen también para los demás combustibles gaseosos distribuidos por canalización (art. 55.1c) LSH).

Por todo lo anterior, y dado que este estudio gira en torno a este combustible, se destacan a continuación las principales características del GN así como algunas cuestiones sobre lo que la doctrina ha denominado «el ciclo del gas natural», cuyo conocimiento es imprescindible para el estudio de su régimen jurídico, ya que no son pocos los condicionamientos técnicos que, en gran medida, determinan la regulación y por tanto la situación empresarial del sector.

1. Breve caracterización del gas natural.

El GN es un combustible de origen fósil. Se encuentra siempre, en proporciones muy variadas, en los yacimientos de petróleo, aunque puede hallarse también sin petróleo asociado²²⁸. Está compuesto fundamentalmente por metano, aunque contiene también una mezcla de hidrocarburos más pesados en pequeñas proporciones (etano, propano, butano, pentano, hexano). Es incoloro, no tóxico e inodoro, sin embargo, se le suelen añadir sustancias odorizantes para facilitar su detección en caso de fuga. De los combustibles fósiles, el GN es considerado el más limpio²²⁹. Esto implica que las

²²⁸ Sobre este tema pueden verse, CENTENO, R., *La economía del...*, op. cit., p. 278-282; GARCÍA VERDUGO, J., *Los mercados de futuros petrolíferos: una revolución silenciosa en el sector energético*, UNED, Madrid, 2000, p. 364, e *Información básica de los sectores de la energía*, CNE, Madrid, 2001, 91-93.

²²⁹ Según el *Diccionario español de la energía*: «Entre las fuentes de energía primaria más utilizadas, el gas natural ocupa el tercer lugar en el mundo y representa más de la quinta parte del consumo energético tanto a nivel mundial como europeo. Sus reservas son similares a las del petróleo, siendo inferior su ritmo de consumo, por lo que las reservas de gas actualmente conocidas y económica y técnicamente desarrollables, permitirían afrontar la demanda mundial en los niveles de consumo del último año durante más de 70 años. Unos recursos suficientes para satisfacer la demanda de nuestro planeta en este siglo.

emisiones de CO₂ producto de su combustión son significativamente menores a las producidas por otros combustibles. Además, entre las principales ventajas que se han observado en su utilización, debe mencionarse el hecho de que no produce cenizas, polvo, ni residuos sólidos. Todo ello, sumado al desarrollo de tecnologías que permiten alcanzar elevados rendimientos y a los constantes éxitos en su exploración en el nivel mundial, con un continuo aumento en las reservas probadas de este combustible, está impulsando un incremento significativo en su utilización.

El GN, por otra parte, puede sustituir a cualquier otro tipo de energía y también puede ser utilizado como materia prima. Ello hace que sea una energía muy versátil, susceptible de ser empleada tanto en el sector doméstico como en el sector industrial, en donde ha adquirido gran importancia en la industria eléctrica, siendo ésta una de las principales consumidoras de dicha energía primaria.

Estas características convierten al GN en uno de los combustibles cuyo consumo más interesa impulsar y favorecer a la Comunidad Europea, especialmente considerando la relevancia que reviste actualmente la perspectiva ambiental como telón de fondo de muchas de sus políticas. Todo ello, a pesar de los condicionantes físicos para su transporte, que traducidos a términos económicos, juega un papel determinante en su desarrollo, como se verá a continuación.

2. Consideraciones generales sobre el ciclo del gas natural.

En primer término hay que recordar que, la introducción del GN en España como energía primaria es muy reciente y tardía con respecto a los países de Europa occidental. Este combustible se comenzó a utilizar de forma efectiva en la década de los setenta²³⁰. Esto se puede explicar, entre otras razones, por la casi inexistencia de yacimientos de

Estas previsiones son revisadas al alza periódicamente, debido al progresivo descubrimiento de nuevos yacimientos y a la aplicación de nuevas tecnologías que hacen posible su extracción a mayores profundidades», en VILLALONGA, J. C., «El Gas Natural, combustible del futuro», dir. Martín Municio, A., y Colino Martínez, A., ENRESA, Madrid, 2003, p. 351.

²³⁰ Se utilizó por primera vez en 1963 pero en cantidades casi simbólicas que procedían del campo petrolífero Castillo, donde aparecía como gas asociado al crudo que de allí se extraía. Las primeras importaciones se iniciaron en 1969. BADOSA PAGÉS, J., «Gas natural en España», op. cit., p. 88.

esta fuente energética en el territorio español, la lejanía geográfica de las principales zonas productoras y como consecuencia de ello, por la falta de incentivos para la construcción de las redes adecuadas y necesarias para su transporte y distribución²³¹, además de las dificultades existentes, hasta fechas recientes, para su transporte marítimo²³². Sin embargo, su implantación, una vez desarrolladas ciertas instalaciones, ha sido muy significativa en los últimos años y sus proyecciones aún mayores, dadas las ventajosas características que este combustible presenta desde diversas perspectivas. Los avances científicos y tecnológicos han permitido ir superando dichos obstáculos de manera que, en términos económicos, su consumo, tanto a nivel industrial como doméstico, es más factible en la actualidad.

En este sentido, conviene traer a colación aunque sea de manera muy general, lo que la doctrina ha denominado el ciclo del GN²³³ o la cadena del GN²³⁴. Como se mencionó antes, los yacimientos de GN en España no son abundantes y para la construcción de la infraestructura requerida para su transporte por tubería o gasoducto son necesarias elevadas inversiones que, a su vez, obligan a realizar contratos de aprovisionamiento a largo plazo para rentabilizar las mismas. Estos factores, entre otros, han determinado la tardanza en la construcción de las instalaciones adecuadas para su transporte.

En la actualidad, el GN es susceptible de ser transportado en su estado gaseoso o en estado líquido: gas natural licuado -GNL-. Cuando su transporte se realiza en estado gaseoso, se puede introducir directamente desde el yacimiento o lugar de almacenamiento correspondiente hasta el punto de distribución y entrega final. Por lo tanto, en términos generales, se puede decir que sólo se requiere, además de las

²³¹ En 1979, sólo existían 69 kilómetros de gasoductos de transporte y el consumo de este tipo de gas se limitaba básicamente a una zona próxima a Barcelona. FANJUL, O., «La empresa pública en el sector de hidrocarburos», en *Papeles de Economía Española*, núm. 38, Madrid, 1989, p. 327.

²³² A ello habría que añadir las favorables condiciones de precio y cantidad que hasta 1973, presentó el mercado del petróleo. En este sentido, GARCÍA ALONSO, J. M., e IRANZO MARTÍN, J., *La energía en la economía mundial y en España*, Ed. AC., Madrid, 1988, p. 329.

²³³ DEL GUAYO, I. *El servicio...*, op. cit., p. 127 y ss.

²³⁴ ALONSO GARCÍA, J. M., *La energía en España. Situación actual y perspectivas de futuro*, Servicio publicaciones Banco Atlántico, Madrid, 1981, p. 161-162.

instalaciones necesarias para su extracción, la canalización respectiva para su transporte y posterior distribución a determinados niveles de presión. Esto es posible, claro está, cuando el yacimiento se encuentra en el propio territorio en que se consumirá o en algún territorio que, aunque lejano, esté dotado de las canalizaciones necesarias al efecto.

Cuando su transporte se realiza en estado líquido -GNL-, el primer paso es realizar ese cambio de estado -gaseoso a líquido-. Para llevar a cabo este proceso se requiere una planta de licuefacción, en la cual a través de un proceso de reducción de la temperatura hasta menos 162° centígrados se logra el fenómeno de cambio de estado. Una vez licuado, su volumen se reduce en aproximadamente 600 veces, haciendo posible y económico su transporte a través de buques, los llamados metaneros, de elevada sofisticación técnica y alto coste. Pero seguidamente, en el lugar de recepción del gas, a efecto de devolverlo a su estado natural, en el que se consume, se requiere una planta de regasificación y, por supuesto, todas las instalaciones portuarias complementarias que permiten la conexión entre el buque metanero y la mencionada planta. Una vez devuelto a su estado gaseoso, es decir regasificado, se inyecta en las canalizaciones diseñadas a determinados niveles de presión para transportarlo hasta los puntos de distribución, actividad que se realiza a través de unas canalizaciones de menor diámetro.

Cabe destacar que ambos sistemas de transporte presentan ventajas e inconvenientes. El primero, a través de gasoductos, está menos expuesto a posibles condiciones meteorológicas adversas garantizando una mayor seguridad en su transporte, pero hace necesaria la negociación de derechos de tránsito a través de redes construidas por terceros. El transporte mediante buques metaneros puede resultar más económico a corto plazo, sin embargo, puede verse interrumpido por diversas circunstancias, como las condiciones meteorológicas adversas poniendo en peligro la seguridad del aprovisionamiento²³⁵. Ello además de que requieren otro tipo de instalaciones para el atraque de los buques y la regasificación del GN.

²³⁵ Al respecto, GONZÁLEZ SALINAS, J., hace alusión a ciertas circunstancias que se han presentado: «Así por ejemplo ENAGAS tuvo que anunciar una suspensión del suministro de GNL con ocasión de los temporales de marzo de 1994 en el norte de África. Y así, por ejemplo, cuando a finales de 1990 se rompió un compresor de la planta de regasificación de Cartagena dejando durante tres meses sin gas a toda la zona», «El servicio público de gas», en *Régimen Jurídico de los servicios públicos*, Escuela judicial/Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, p. 176.

Algún sector de la doctrina llegó a considerar que la unidad natural de todo el proceso constituía la justificación para que éste estuviera en manos de una misma empresa, es decir integrado verticalmente²³⁶. Bajo la vigencia de la LG se argumentó que aunque las actividades relacionadas con el suministro, en sentido general, el ciclo del gas tendía a un estrecho entrelazamiento entre ellas, al punto que si bien podían ser estudiadas idealmente de forma independiente, la naturaleza de las cosas imponía una unidad en el mismo, incluso desde la perspectiva del usuario, para quien la existencia de muchos concesionarios de las distintas actividades podría causarle una situación de indefensión²³⁷.

Pero la situación descrita puede considerarse, en alguna medida, superada. En la actualidad en el contexto de la libre competencia, esta forma de integración es considerada una barrera de entrada al mercado y se impone la separación jurídica de las actividades. En la LSH se observa un cambio en esa mentalidad, aunque queda por ver hasta qué punto, en efecto, la naturaleza de las cosas y el carácter estratégico de la energía, lo permiten. Un proceso como el que se plantea con la liberalización del suministro de GN requiere un periodo de tiempo prudencial, más bien prolongado, que permita un reacomodo de los factores que tienen incidencia en el mismo. Al estudiar las actividades se aborda en detalle esta cuestión. Lo cierto es que, con las modificaciones introducidas por la LSH, es legalmente posible que cualquier interesado solicite una autorización para cualquiera de las instalaciones que conforman las redes, produciéndose precisamente esa situación que en su día se consideró incluso perjudicial para el usuario, sin que tal perjuicio necesariamente se produzca, ya que, en principio, las medidas de seguridad del aprovisionamiento y de la prestación del servicio que se establecen en la LSH, no pasan precisamente por la obligatoriedad de mantener las fases del ciclo en manos de una sola empresa, sino todo lo contrario.

²³⁶ Esta tesis es defendida por FERNÁNDEZ TORRES, M, «Debe, no obstante, hacerse notar que esta división del proceso de producción es algo irreal. No es posible concebir el suministro sin las fases anteriores y viceversa. Por ello, esto trae consigo el que numerosos problemas que podrían plantearse en una visión teórica no se plantean en la realidad por esta unidad normal del proceso en manos de una misma empresa.», en *El servicio...*, op. cit., p. 118; y, en el mismo sentido, DEL GUAYO CASTIELLA, I., *El servicio...*, op. cit., p. 128. Estas opiniones, claro está, fueron vertidas con anterioridad al proceso de liberalización.

²³⁷ En este sentido, DEL GUAYO CASTIELLA, I., *El servicio...*, op. cit., p. 128.

III. La normativa comunitaria vigente aplicable al sector de la energía.

Para tratar de ordenar las líneas generales de política que han sido mencionadas en el capítulo anterior, se realiza a continuación una aproximación general a los principales aspectos recogidos en el TCE, en su versión consolidada²³⁸, que son de plena, aunque no exclusiva, aplicación en este sector del GN, y que constituyen el marco general de la política energética comunitaria y por tanto, de la legislación nacional.

1. Legislación originaria

Como se mencionó en el capítulo anterior, ante la ausencia en los Tratados de un fundamento jurídico específico para la toma de decisiones en el ámbito de la energía, se ha recurrido a las más diversas políticas y normas a efecto de actuar en este sector. Por esta razón, se relacionan aquí las normas básicas del TCE que mayor incidencia tienen en el nuevo marco regulatorio y que, por tanto, inexorablemente disciplinan el sector objeto de análisis.

En otro orden de ideas, hay que señalar que, este estudio está referido a la normativa a través de la cual se pretende alcanzar no sólo un orden determinado para el sector a nivel nacional, sino también el objetivo comunitario relativo a la creación de un mercado interior del GN. Por tanto, la normativa que a grandes rasgos se trata a continuación constituye el marco general que delimita todo el análisis posterior del régimen jurídico del sistema del GN, aunque en el mismo, no necesariamente, se haga referencia explícita a ésta.

Debe iniciarse, recordando lo establecido en el artículo 2 del TCE, que determina como misión de la Comunidad la promoción de diversos fines, de entre los cuales interesa destacar: «el desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad», «un alto grado de competitividad y convergencia de los resultados económicos», «un alto nivel de protección y mejora de la

²³⁸ Que ha sido publicada en el DO de 29 de diciembre de 2006.

calidad del medio ambiente», «la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros».

Por otro lado, interesa subrayar aquí, tres políticas o acciones comunes establecidas en el TCE que tienen relación directa con la «energía»: la creación del mercado interior, las normas comunes sobre la competencia y las acciones encaminadas a reforzar la cohesión económica y social. Dichas políticas deben conjugarse con el fin de alcanzar, en lo que aquí interesa, la realización de los servicios de interés económico general.

A. El mercado común y el régimen de libre competencia.

En primer término, hay que destacar que el mercado interior se caracteriza por la eliminación de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales (art. 3c) TCE) y está regido por las normas sobre la competencia. Más concretamente, el artículo 31.1 del TCE, bajo el Título relativo a la libre circulación de mercancías, impone la adecuación de los monopolios nacionales, tanto los de carácter comercial como los cedidos por el Estado a terceros, a las reglas de la competencia de manera que se asegure la exclusión de toda discriminación entre los nacionales de los Estados miembros respecto de las condiciones de abastecimiento y de mercado.

Por su parte, los artículos 81 y 82 señalan una serie de comportamientos que se consideran incompatibles con el establecimiento del mercado común y por lo tanto, quedan prohibidos. El primero se refiere a: «Todos los acuerdos entre empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia» (art. 81.1 TCE). Y el artículo 82 establece lo relativo al abuso de posición de dominio «la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante o en una parte sustancial del mismo»²³⁹. Además, el artículo 87.1 del TCE establece la

²³⁹ Estas normas han precisado una regulación estricta y con carácter vinculante que ha sido desarrollada en el Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre defensa de la competencia previstas en los artículos 81 y 82 del TCE, y el Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas. Ambos reglamentos han sido recogidos por la legislación nacional en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia, cuya promulgación, entre otros, tiene el objetivo de ajustar la normativa nacional al marco comunitario de defensa de la competencia. Al respecto, ADRIÁN ARNÁIZ, A. J., y QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Procedimiento de aplicación de las reglas sobre defensa de la

incompatibilidad de las ayudas otorgadas por los Estados o ayudas otorgadas mediante fondos estatales que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

Ahora bien, el Tratado promueve, en principio, la igualdad entre las empresas públicas y las privadas al prohibir a los Estados miembros la adopción y el mantenimiento respecto de éstas y de las empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, de cualquier medida contraria a las normas del mismo, especialmente las relativas a la libre competencia y a la no discriminación por razón de nacionalidad (art. 86.1 TCE). No obstante lo cual, tampoco pretende alterar las formas de propiedad existentes en cada uno de los Estados miembros. Ello significa que no obliga a la privatización de la empresa pública, aunque sí las somete a las reglas de la empresa privada²⁴⁰, es decir, en principio «no hay una disciplina especial comunitaria para la empresa pública»²⁴¹.

La adecuación a las normas del Tratado señaladas ha producido a su vez, la revisión de la idea de servicio público, ya que a éste iban asociados, generalmente, los monopolios y las actividades publicadas. De ahí que, en la nueva estructura de mercado regido por las reglas de la libre competencia se procure salvaguardar los «servicios de interés económico general», a través de regulaciones específicas que los exceptúan en determinados casos de las mencionadas reglas.

competencia artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea», y HERRERO SUÁREZ, C. «Control de concentraciones de empresas» ambos en *Derecho Europeo de la competencia. Antitrust e intervenciones públicas*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 361-436 y 437-485 respectivamente.

²⁴⁰ Sobre este tema, MUÑOZ MACHADO, S. *Servicio Público y Mercado, Los fundamentos*: «La conclusión puede ser, por tanto, que una aplicación exagerada y a ultranza del principio de igualdad puede resultar contraria a la neutralidad que el propio Tratado proclama. Porque si la igualdad absoluta entre las actuaciones mercantiles públicas y privadas no elimina la titularidad misma del derecho de propiedad, sí puede afectar a la forma de ejercicio de ese derecho. Lo cual, en fin, supone imponer condicionamientos a la pervivencia de las empresas públicas, que desmientan la neutralidad del Tratado, al menos tal y como fue concebida por los socios fundadores de la Comunidad», pp.180-181.

²⁴¹ En este sentido, TRILLO FIGUEROA MARTÍNEZ CONDE, J., BORJA LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, *La regulación del sector eléctrico*, Civitas, Madrid, 1996, p. 310.

B. Los servicios de interés económico general y la cohesión económica y social.

Por otro lado, el artículo 86.2 del Tratado dispone: «Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general (...) quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas de la competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contrario al interés de la Comunidad»²⁴². Esta idea va asociada a la cohesión social que promueve el mismo TCE, puesto que los servicios que prestan estas empresas, entre otras cosas, están ligados necesariamente al objetivo de «reducir las diferencias entre los niveles de desarrollo de las diversas regiones» (art. 158 TCE).

Estos servicios, según la normativa comunitaria, pueden excluirse de las reglas de la competencia²⁴³, exclusivamente, en el caso de que sean imprescindibles para el cumplimiento de su misión (86.2 TCE)²⁴⁴. En este sentido, el TJCE ha señalado que «Es

²⁴² En opinión de GARCÍA DE COCA, J. A., el apartado 2 del artículo 86 del TCE, expresa: «una fórmula de compromiso entre el espíritu básicamente liberal que animó la redacción del Tratado y el interés de los Estados por mantener el marco legal de determinadas actividades económicas. Se persiguió conservar su dirección y protección públicas o, dicho en otros términos, eludir, en la medida de lo posible, la aplicación plena de los principios, reglas y sanciones propios de la aplicación libre de la actividad económica a unos sectores determinados y en especial, las normas sobre competencia, y todo ello al amparo del cumplimiento de una misión específica que deben cumplir», en «Régimen jurídico de las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general», *Derecho Europeo de la competencia. Antitrust e intervenciones públicas*, Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 626.

²⁴³ Al respecto, ARIÑO, G., al referirse a esta excepción señala «es exigente, porque, en primer lugar, cada Estado deberá justificar mediante razones fundadas la necesidad de configurar determinadas actividades en este régimen de derechos especiales o exclusivos (lo que supone que tal decisión deja de ser libre para el legislador nacional y discrecional para la Administración que la adopte). En segundo lugar, el monopolio, la exclusividad, queda estrictamente limitada a aquellas tareas o misiones específicas para las cuales el régimen de explotación sea absolutamente indispensable, apreciación que queda también bajo el control, primero de la Comisión y después del Tribunal de Justicia.» En «Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (Hacia un nuevo modelo de regulación)», en *El nuevo servicio Público*, op. cit., p. 34.

²⁴⁴ Como ha señalado, el Prof. MUÑOZ MACHADO, S., «la aplicación de este precepto, que es el lugar donde comúnmente los analistas reencuentran una regulación comunitaria de los servicios públicos como actividades ejercidas con prerrogativas exorbitantes del Derecho común» *Servicio Público y Mercado, Los fundamentos*, op. cit., p. 189. Un estudio histórico de esta norma desde su adopción en 1957, puede verse en GARCÍA DE COCA, J. A., «Régimen jurídico de la gestión de servicios de interés económico general», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 232, 2004, pp. 7-13; también, SOSA WAGNER, F., «Los servicios públicos en Europa» en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 6, 2004, pp. 89-101.

preciso admitir restricciones a la competencia de otros operadores económicos en la medida en que dichas restricciones se revelen necesarias para permitir cumplir su misión de interés general» (STJCE de 27 de abril de 1994, Almell, Asunto c-393/92).

Sin embargo, ya desde 1996, la Comisión mediante su Comunicación 96/C 281/03 señaló que los servicios económicos de interés general: «designan las actividades de servicio comercial que cumplen misiones de interés general, y están por ello sometidas, por parte de los Estados miembros, a obligaciones específicas de servicio público. Este es el caso de los servicios de «red de transportes, energía y comunicación»²⁴⁵.

Por tanto, la noción de «actividades de interés económico general» debe ser interpretada a la luz de las comunicaciones que sobre la materia se han ido emitiendo. Especialmente, el Informe presentado por la Comisión al Consejo Europeo de Laeken, de 17 de octubre de 2001: «Los servicios de interés general»²⁴⁶, cuyo Anexo de «Definiciones» precisa la noción de «Servicios de interés económico general: es el término utilizado en el artículo 86 del Tratado y se refiere a los servicios de mercado a los que los Estados miembros imponen determinadas obligaciones de servicio público en virtud de criterios de interés general. Se tiende así a abarcar ámbitos tales como las redes de transporte, la energía, y las comunicaciones».

El informe de Laeken, insiste en la necesidad de que sigan siendo un componente esencial del modelo europeo de sociedad y consecuentemente, con este deseo, ha sido consagrado como uno de los derechos contenidos en la Carta de los Derechos

²⁴⁵ Comunicación de la Comisión 96/C 281/03, en donde se señala además que: *Los servicios de interés general en Europa*. «1. La solidaridad la igualdad de trato, en el contexto de una economía de mercado abierta y dinámica constituyen objetivos fundamentales de la Comunidad Europea. Los servicios de interés general contribuyen a la consecución de estos objetivos. Los europeos esperan servicios de calidad a precios asequibles. Para muchos de ellos, estos servicios de interés general suponen auténticos derechos sociales y participan en gran medida en la cohesión económica y social. Para ello los servicios de interés general están en la base del modelo europeo de sociedad [...] 3. La concepción, ámbito y modos de organización de los servicios de interés general varían no obstante de un estado miembro a otro, en función de tradiciones o técnicas diferentes. Más recientemente, los cambios tecnológicos, la globalización de la economía y la variación de las expectativas de los usuarios exigen adaptaciones en consecuencia. [...] 5. La acción de la Comunidad se inscribe en un modelo de economía abierta basada en la solidaridad y la cohesión social, así como en los mecanismos de mercado» (DO C, núm. 281, de 26 de septiembre de 1996).

²⁴⁶ COM (2001) 598 final.

Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo Europeo de Niza, el 8 de diciembre de 2000²⁴⁷. De acuerdo con el artículo 36 de la citada Carta, que está ubicado en el Capítulo relativo a la «Solidaridad»: «La unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión»²⁴⁸.

Por su parte, el Libro verde sobre los servicios de interés general, presentado en 2003²⁴⁹, añade poco a la definición antes expuesta: «servicios de naturaleza económica a los que los Estados miembros o la Comunidad imponen obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general. Por consiguiente entran dentro de este concepto ciertos servicios prestados por las grandes industrias de redes como el transporte, los servicios postales, la energía y las comunicaciones. Sin embargo, esta expresión abarca igualmente otras actividades económicas sometidas también a obligaciones de servicio público» (punto 17).

La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 12 de mayo de 2004, titulada «Libro Blanco sobre los servicios de interés general»²⁵⁰ ha puesto de manifiesto la importancia de estos servicios en la Unión: «resultan fundamentales para garantizar la cohesión social y territorial, y la competitividad de la economía europea. Los ciudadanos y las empresas tienen legítimas expectativas de acceso a servicios de interés general asequibles y de calidad en todo el territorio de la Unión Europea. Para los ciudadanos de la Unión, tal acceso constituye parte esencial de la ciudadanía europea, necesario para disfrutar plenamente de sus derechos fundamentales. Por lo que se refiere

²⁴⁷ Pese a que la Carta carece de valor jurídico vinculante, desde su promulgación ha influido en las deliberaciones del TJCE. (DO C, núm. 364, de 18 de diciembre de 2000).

²⁴⁸ Sobre este tema, y las consecuencias de la ubicación de este artículo dentro de la Carta, DÍEZ-PICAZO, L. M^a. «La idea de servicios de interés económico general» en, *Revista de Derecho Comunitario*, núm. 2, 2002, pp. 249-258. Además, hay que recordar que esta Carta se recoge en la Parte II del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

²⁴⁹ COM (2003) 270 final (DO C-76, de 25 de marzo de 2003).

²⁵⁰ COM (2004) 374 final - no publicada en el Diario Oficial-.

a las empresas, la disponibilidad de servicios de interés general de calidad constituye un requisito previo indispensable de todo entorno empresarial que favorezca la competitividad. El suministro de servicios de interés general de calidad, accesibles y asequibles, que respondan a las necesidades de los consumidores y las empresas, es, por tanto, un factor importante para alcanzar el objetivo estratégico de la Unión de «convertirse en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social» (2.1).

Paulatinamente se va configurando su contenido a través de la jurisprudencia que finalmente toma forma y se traduce en principios de actuación de la Comunidad como ya se observa en el Dictamen del Comité Económico y Social sobre el tema «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones –Libro blanco sobre los servicios de interés general» (COM (2004) 374 final)²⁵¹, donde se establece que: «Con arreglo a los tratados en vigor, los servicios de interés económico general (SIEG) forman parte de los valores comunes de la Unión y contribuyen a su cohesión social» (introducción apartado 1.2) y que «La unión europea sigue experimentado dificultades para superar la contradicción existente entre construir un mercado empleando como único instrumento la competencia y la necesidad de garantizar el control público de procesos que no pueden depender únicamente de mecanismos económicos. Los servicios de interés general no son técnicas ni instrumentos, sino que garantizan los derechos de la persona y actúan como vínculo social, de inclusión y de integración.» (Introducción 1.6).

De lo anterior se colige que, en el ámbito de la Unión Europea, se considera que los servicios de interés económico general y la libre competencia no se consideran incompatibles, por el contrario, se complementan y han producido resultados positivos en términos de eficiencia y calidad de los servicios²⁵².

²⁵¹ (2005/C 221/04) (DO C 221 de 8 de septiembre de 2005.)

²⁵² Así lo pone de manifiesto el Comité Económico Social al señalar en los puntos 5.2 y 5.3 del citado Dictamen, que: «2 Los servicios de interés general no sólo son esenciales para la competitividad

2. La legislación derivada. Las Directivas y el Reglamento que regulan el sector del gas natural

El artículo 249 del TCE se refiere a los órganos encargados de legislar: el Parlamento y el Consejo conjuntamente, el Consejo y la Comisión, y a las fuentes del Derecho comunitario al establecer que éstos tomarán decisiones o adoptarán reglamentos y directivas, formularán recomendaciones o emitirán dictámenes. De estas fuentes del derecho derivado de la Comunidad, se alude especialmente a la Directiva, por ser el principal instrumento utilizado para la armonización de las legislaciones de los Estados miembros.

La directiva a diferencia del reglamento²⁵³ que se caracteriza por ser de alcance general, obligatorio y aplicable directamente en todos los Estados miembros, obliga solamente a su destinatario y en cuanto al resultado que deba conseguirse (art 249 TCE), es decir, impone una «obligación de resultado»²⁵⁴. Deja, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.

Según apunta la doctrina, la directiva «es el instrumento óptimo para propiciar la aproximación de legislaciones prevista en el Tratado de la Comunidad Europea, para

económica sino que constituyen además un elemento clave en los ámbitos social y medioambiental. Completan el tríptico (economía, asuntos sociales y medio ambiente) de la estrategia de Lisboa, en la que representan una baza importante e indispensable para hacer de la Unión Europea la sociedad basada en el conocimiento más competitiva y dinámica, mediante un crecimiento económico sostenible, una mejora cuantitativa y cualitativa del empleo y una cohesión social reforzada. Los servicios de interés general, dadas sus especificidades, trascienden el mercado único y constituyen un requisito previo para el bienestar económico y social de los ciudadanos y las empresas. 5.3 En consecuencia, el objetivo consiste en lograr combinar armoniosamente los mecanismos del mercado y las misiones encomendadas a los servicios públicos en los ámbitos en los que dicha complementariedad resulte compatible con los objetivos de los servicios de interés general y pueda aportar una plusvalía en materia de mejora de la calidad de vida de los ciudadanos europeos dentro de una lógica de crecimiento económico, creación de empleo y bienestar sostenible». (2005/C 221/04) (DO C 221 de 8 de septiembre de 2005).

²⁵³ El reglamento en el derecho comunitario, se caracteriza por ser un «acto normativo más completo y eficaz que se aproxima en su estructura y caracteres a la “ley” en el derecho interno y en el que se manifiesta de manera más precisa el poder decisorio de naturaleza legislativa de las comunidades.» FERNÁNDEZ PÉREZ, B., GONZÁLEZ VEGA, J., SAÉNZ DE SANTAMARÍA, P. A., *Introducción...*, op. cit., p. 431.

²⁵⁴ FERNÁNDEZ PÉREZ, B., GONZÁLEZ VEGA, J., SAÉNZ DE SANTAMARÍA, P. A., *Introducción...*, op. cit., p. 552.

facilitar el establecimiento del mercado interno»²⁵⁵ y, aunque abundan directivas detalladas que se aproximan a un reglamento²⁵⁶, el Protocolo anexo al TUE y al TCE núm. 30 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, determina en su apartado sexto: «La Comunidad deberá legislar únicamente en la medida de lo necesario. En igualdad de condiciones, las directivas serán preferibles a los reglamentos y las directivas marco a las detalladas. Las Directivas, tal y como se definen en el artículo 249 del TCE, aunque obliguen al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejarán a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios».

Las Directivas son el instrumento elegido por su mayor flexibilidad para regular el MIE. El sector del GN había sido regulado básicamente a través de Directivas hasta que se ha dictado un Reglamento por considerar que para consolidar un cierto grado de avance en el proceso de liberalización se requería un instrumento de aplicación obligatoria que imprimiera cierto carácter vinculante en la aplicación de las normas en un tramo de la regulación que es de vital importancia para la construcción del mercado interior del GN: el acceso de terceros a las redes. También, se han emitido diversas Decisiones y Recomendaciones, a las cuales se hará concreta referencia a lo largo del estudio según su relevancia.

Se realiza a continuación una breve introducción sobre la legislación derivada vigente, no obstante, su estudio detallado se realiza en los capítulos siguientes.

A. Las directivas del mercado interior del GN

Como se señaló en el capítulo anterior, la Directiva 98/30/CE es la que impone la creación del mercado interior del GN. Como resultado de su revisión y con base en la experiencia adquirida sobre el funcionamiento del mercado, se introdujeron algunas

²⁵⁵ FERNÁNDEZ PÉREZ, GONZÁLEZ VEGA Y SÁENZ DE SANTAMARIA, *Introducción...*, op. cit., p. 438.

²⁵⁶ Sobre este tema y su incidencia en la reducción de la libertad de elección de medios apuntada, ALONSO GARCÍA, R., *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 1994, pp. 226 y ss.

modificaciones cuyo alcance determinó la promulgación de la Directiva 2003/55/CE, del Parlamento y del Consejo de 26 de junio de 2003, especialmente a efectos de claridad y racionalidad de la primera directiva. Esta es la Directiva que está vigente, aunque ya se ha iniciado el proceso para su modificación²⁵⁷. Al contenido de esta Directiva se irá haciendo referencia a lo largo del estudio.

B. Directiva sobre la seguridad del suministro

La seguridad del suministro es uno de los aspectos que ha sido objeto de mayor atención entre los Estados miembros. La promulgación de la Directiva 2004/67 CE del Consejo, de 26 de abril de 2004, relativa a unas medidas para garantizar la seguridad del suministro de gas natural, (en adelante, Directiva de Seguridad del Suministro) es una muestra de ello. La seguridad del suministro es la preocupación constante de la UE dada su dependencia de hidrocarburos importados. La reciente «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: Una Política energética para Europa» señala al respecto: «Si no cambian las condiciones imperantes, la dependencia de la UE de las importaciones pasará del actual 50% del total del consumo de energía a un 65% en 2030. Para dicho año, la dependencia del gas importado se prevé que aumente de un 57% a un 84% y la del petróleo del 82% al 93%. (...) los mecanismos para lograr una solidaridad entre los Estados miembros en caso de crisis energética todavía no han sido instaurados, y algunos de dichos Estados dependen en gran parte o totalmente de un único proveedor»²⁵⁸.

Esta Directiva se aprobó con base en el artículo 100 del TCE, que se refiere específicamente a la adopción de medidas por parte de los Estados miembros en relación con situación en las que puedan surgir dificultades graves en el suministros de determinados productos. Y aquí la prueba de que constituyen una gran preocupación pues en este caso se requiere la mayoría cualificada.

²⁵⁷ Con el objeto de mejorar el marco legislativo para «facilitar el acceso de terceros a infraestructuras clave, aumentar la transparencia del mercado, reforzar la integración del mercado y mejorar el acceso a clientes minoristas», la Comisión ha presentado, con fecha 19 de septiembre de 2007, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/55/CE sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural. COM (2007) 529 final.

²⁵⁸ COM (2007) 1 final, Bruselas, 10 de enero de 2007, p. 3 y 4.

El estudio de las reglas establecidas en esta Directiva, así como su desarrollo legal y reglamentario en el nivel nacional son objeto de análisis del capítulo cuarto de este estudio.

C. El Reglamento sobre las condiciones de acceso de terceros a las redes de transporte de GN.

La existencia y puesta en práctica de un régimen de acceso de terceros a las redes constituye, sin duda, un aspecto fundamental para el desarrollo de un mercado interior del GN. De ahí que, esta cuestión se haya convertido en una de las más discutidas a nivel del denominado «Foro del Gas». Este Foro, después de varios años de elaboración y ajuste de unas directrices de buenas prácticas en la materia, ha logrado que se incluyan y adopten en el único Reglamento (CE) 1775/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de septiembre de 2005 sobre las condiciones de acceso de terceros a las redes de transporte de gas natural, que regula específicamente aspectos del mercado del gas. El citado Reglamento se promulga, según expone su considerando (1), ante la necesidad de dar «obligatoriedad jurídica» para garantizar la plena aplicación de las normas establecidas para afrontar la plena realización del mercado interior, en especial en lo que respecta al comercio del gas.

Este Reglamento invoca el artículo 95 del TCE, relativo a la aproximación de legislaciones y ha sido aprobado siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 251 del mismo texto normativo.

3. Otras políticas relacionadas con el ámbito de la energía.

La importancia de la política europea en el ámbito de la energía no es difícil de justificar. Pese a que no tiene una referencia explícita en los Tratados encuentra su ordenación a través de la interrelación con otras políticas. De manera breve, se relacionan a continuación las que se consideran más relevantes, a efecto de poner de manifiesto la vía encontrada para crear una política energética comunitaria.

Entre las que mayor impulso ha recibido en los últimos años debe destacarse la política de medio ambiente. Esta política regulada en el Título XIX del TCE, cuyo artículo 175.2 c) establece que el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa

consulta del Parlamento al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, adoptará: «las medidas que afecten de forma significativa a la elección por un Estado miembro entre diferentes fuentes de energía y a la estructura general de su abastecimiento energético».

Por su parte, la Comisión, en su Comunicación de 14 de octubre de 1998, puso de manifiesto la necesidad de «reforzar la integración de la dimensión del medio ambiente en la política energética europea». También expuso tres objetivos fundamentales de la política energética comunitaria en favor de la integración de la dimensión medioambiental: promover la eficiencia energética y el ahorro de energía; aumentar la producción y la utilización de las fuentes de energía menos contaminantes; reducir los impactos medioambientales de la producción y la utilización de las fuentes de energía²⁵⁹.

Con respecto a las redes transeuropeas, el artículo 154 del TCE señala expresamente: «A fin de contribuir a la realización de los objetivos contemplados en los artículos 14 y 158 y de permitir que los ciudadanos de la Unión, los operadores económicos y los entes regionales y locales participen plenamente de los beneficios resultantes de la creación de un espacio sin fronteras interiores, la Comunidad contribuirá al establecimiento y desarrollo de redes transeuropeas en los sectores de las infraestructuras de transportes, de telecomunicaciones y de la energía». En otras palabras, con el establecimiento de las redes transeuropeas se pretende contribuir al objetivo de construir un mercado interior a la vez que se refuerza la cohesión económica y social. Las redes transeuropeas están reguladas en el Título XV del TCE, sin embargo, en los últimos años se ha avanzado poco²⁶⁰ en este aspecto.

²⁵⁹ COM (98) 571 final. Sobre este tema, CARLOS CÍSCAR, J., e, HIDALGO, I., «Energía y medio ambiente, una relación de futuro: los desafíos del Protocolo de Kioto», en *Energía del Monopolio al mercado...*, op. cit., pp. 121-149.

²⁶⁰ Vid., Decisión núm. 1364/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, por la que se establecen orientaciones sobre las redes transeuropeas en el sector de la energía y por la que se derogan la Decisión 96/391/CE y la Decisión núm. 1229/2003/CE). Esta Decisión establece una lista de los proyectos, ordenados en tres categorías, que pueden acogerse a financiación comunitaria en virtud del Reglamento (CE) núm. 2236/95 del Consejo, de 18 de septiembre de 1995, por el que se determinan las normas generales para la concesión de ayudas financieras comunitarias en el ámbito de las redes transeuropeas (DO L 228 de 23.9.1995). Los proyectos de interés común se refieren a las redes de

También en relación con las infraestructuras, el Reglamento (CE) núm. 2386/96 de la Comisión, de 16 de diciembre de 1996, por el que se aplica el Reglamento (CE) núm. 736/96 del Consejo relativo a la comunicación a la Comisión de los proyectos de inversión de interés comunitario en los sectores del petróleo, del gas natural y de la electricidad, establece la obligación de los Estados miembros de informar a la Comisión de los proyectos de inversión de interés comunitario en los sectores referidos, para que la propia Comisión pueda elaborar una política energética comunitaria adecuada.

Por otro lado, la protección al consumidor, regulada en el Título XIV del TCE, está relacionada con los servicios de interés económico general en la medida en que, paralelamente al desarrollo del MIE, se debe procurar un nivel elevado de protección de los consumidores y la aplicación de las normas en esta materia. De conformidad con la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, de 13 de marzo de 2007, «Estrategia comunitaria en materia de política de los consumidores 2007-2013» las acciones deben centrarse en cinco ámbitos: mejorar el seguimiento de los mercados de consumo y de las políticas nacionales de los consumidores; regular mejor la protección de los consumidores; reforzar la seguridad de los productos en el mercado mediante herramientas de supervisión; integrar los intereses de los consumidores en otras políticas comunitarias; informar y educar mejor a los consumidores, por ejemplo, reforzando el papel de los centros europeos de los consumidores²⁶¹. Éste, como se verá, es un aspecto fundamental que se ha descuidado en el proceso de liberalización del sector del GN.

electricidad y de gas mencionadas por la Decisión, y cumplen sus objetivos y prioridades. Deben presentar perspectivas de viabilidad económica así como, un análisis de costes y beneficios, en el que se tienen en cuenta los aspectos medioambientales, la seguridad del suministro y la contribución a la cohesión territorial. Los proyectos de interés común se recogen en los anexos II y III de la Decisión. Se definen proyectos prioritarios entre los proyectos de interés común, que se caracterizan por un impacto significativo en el funcionamiento adecuado del mercado interior, en la seguridad del suministro y en la utilización de las energías renovables. Los proyectos prioritarios, enumerados en el anexo I de la Decisión, reciben un trato preferente a la hora de obtener apoyo financiero comunitario. Algunos proyectos prioritarios, con carácter transfronterizo o impacto significativo en la capacidad de transporte transfronterizo, se declaran proyectos de interés europeo. Esos proyectos, que también figuran en el anexo I, son prioritarios para acogerse a financiación comunitaria con cargo al presupuesto asignado a las RTE-E y serán objeto de una atención especial para su financiación con cargo a otros presupuestos comunitarios.

²⁶¹ COM (2007) 99 final - no publicada en el Diario Oficial-.

La relación de la política industrial, Título XVI del TCE, y la energía es clara, pues una de las bases para establecer la competitividad de la industria comunitaria es la armonización y reglamentación técnica ya que supone la eliminación de barreras al comercio, piénsese por ejemplo en la necesidad de eliminar todos los obstáculos técnicos para el intercambio de energía²⁶².

Sobre la política comercial común, Título IX del TCE, baste con recordar la dependencia de los Estados comunitarios del abastecimiento energético y su relación con el régimen de importación y exportación de productos energéticos, así como los compromisos contraídos con la firma del Tratado de la Carta de la Energía.

En relación con la política en materia de investigación y desarrollo tecnológico, Título XVIII del TCE²⁶³, hay que destacar la Decisión núm. 1513/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2002, relativa al sexto programa marco de la Comunidad Europea para acciones de investigación, desarrollo tecnológico y demostración, destinado a contribuir a la creación del Espacio Europeo de Investigación y a la innovación (2002-2006). En este Programa se ha incluido, un rubro del presupuesto destinado a desarrollo sostenible, cambio planetario y ecosistemas (incluida la investigación en el ámbito de la energía y los transportes). El objetivo de dicho Programa es aplicar un desarrollo sostenible que integre los objetivos ambientales, económicos y sociales, incluyendo las energías renovables, los transportes y la gestión sostenible de los recursos terrestres y marinos en Europa.

²⁶² Sobre esta política, PAIS RODRÍGUEZ, R., «Política Industrial», en *Políticas de la Unión Europea*, op. cit., pp. 663-654.

²⁶³ En esta materia hay que destacar, aunque no se refiere al GN, la Decisión 2007/198/Euratom del Consejo, de 27 de marzo de 2007, por la que se establece la empresa común europea para el ITER y el desarrollo de la energía de fusión y por la que se le confieren ventajas. Esta empresa se crea por un período de 35 años a partir del 19 de abril de 2007. Esta empresa común tiene su sede en Barcelona (España). La empresa común tiene el cometido de aportar la contribución de Euratom a la organización internacional ITER para la energía de fusión y a las actividades del planteamiento más amplio realizadas con Japón para la rápida consecución de la energía de fusión, así como elaborar y coordinar un programa de actividades para preparar la construcción de un reactor de fusión de demostración y las instalaciones conexas, incluida la instalación internacional de irradiación de materiales (*International Fusion Materials Irradiation Facility*) (IFMIF).

Finalmente, aún sin agotar el tema, debe destacarse la cohesión social y económica, Título XVII TCE. Sobre este tema, el artículo 158 dispone: «A fin de promover un desarrollo armonioso del conjunto de la Comunidad, ésta desarrollará y proseguirá su acción encaminada a reforzar su cohesión económica y social. La Comunidad se propondrá, en particular, reducir las diferencias entre los niveles de desarrollo de las diversas regiones o islas menos favorecidas, incluidas las zonas rurales». El artículo 159 agrega: «Al formular y desarrollar las políticas y acciones de la Comunidad y al desarrollar el mercado interior, se tendrán en cuenta los objetivos enunciados en el artículo 158».

IV. La Ley 34/1998, de 7 de octubre, de Sector de Hidrocarburos y la Ley 12/2007, de 2 de julio, por la que se modifica la Ley 34/1998, con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural.

La norma legal vigente en el sector de los hidrocarburos: la Ley 34/1998 ha sido objeto de muchas y muy diversas modificaciones. No obstante, su reforma más profunda ha sido introducida por la Ley 12/2007 que, a la vez que pretende adaptarla a la Directiva del Gas, efectúa cambios en algunos aspectos estructurales del sistema. De ahí que, en su exposición de motivos se haga referencia a un «nuevo modelo» para cuya adaptación progresiva se ha establecido un periodo transitorio, que dura hasta el 1 de enero de 2008 (pero que por disposición de las normas de desarrollo, como se verá, se ha retrasado hasta el 1 de julio de 2008).

Las principales modificaciones introducidas por la Ley 12/2007 están referidas a la definición de los sujetos, al régimen jurídico de las actividades, especialmente en cuanto se refiere a la separación jurídica y funcional de las actividades reguladas, y al régimen económico del sistema a través de la creación de la denominada «tarifa de último recurso». Es decir, efectúa una reforma general con la que se pretende dar un paso más en el proceso de liberalización hacia el régimen de libre competencia. Asimismo, modifica el régimen sancionador establecido en la LSH agregando a la normativa vigente más conductas que serán consideradas infracciones.

Como se podrá observar a lo largo del estudio, la Ley 12/2007 acoge, en diversos aspectos, cuestiones que estaban planteadas en el RLSH, rescatándolas en algún caso de la ilegalidad. A continuación se introducen los aspectos generales relativos a la LSH que deberán tenerse en cuenta a lo largo del estudio del régimen jurídico respectivo.

1. El marco constitucional de distribución de competencias en materia de energía y la LSH.

Una característica de este sector industrial es la confluencia de diversos títulos competenciales atribuidos a distintas administraciones territoriales, por lo que conviene estudiar algunas cuestiones que facilitarán el análisis posterior de temas específicos²⁶⁴, especialmente considerando la relevancia del sector energético en la actividad económica general²⁶⁵ y, por tanto, su incidencia en diversos ámbitos de actuación tanto pública como privada. Así como, la consideración de las actividades realizadas en éste sector, como de interés económico general y las consecuencias de esta consideración en el contexto del marco constitucional y comunitario vigente.

En el orden en que se encuentran en la LSH hay que comenzar por la mención expresa, en su exposición de motivos, como criterios de distribución competencial, de los apartados 22ª y 25ª, del artículo 149.1 CE. El primero relativo, entre otros aspectos, al transporte de energía cuando ésta sale del ámbito de una CA; y el segundo, a la competencia exclusiva del Estado sobre las bases del régimen minero y energético. A los que añade, en su DF primera, el apartado 13ª referido a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica. Finalmente, en lo que aquí interesa, cita el apartado 18ª sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas. También en cuanto se refiere a la expropiación forzosa y servidumbres, la

²⁶⁴ Como ha puesto de manifiesto el Profesor MUÑOZ MACHADO, S., «El esfuerzo que la liberalización impone no es sólo el de cambiar las técnicas de ordenación de los mercados nuevos, sino antes que eso, de articular correctamente el ejercicio de las competencias de los diferentes poderes territoriales, para que no se constituyan éstos en la más seria y definitiva barrera de acceso a aquellos mercados», en el Prólogo al libro de CABALLERO SÁNCHEZ, R *Infraestructuras en red y liberalización de los servicios públicos*, p. 31.

²⁶⁵ Las sentencias del Tribunal Constitucional, 24/1985 y 197/1996, han sido determinantes en este tema al considerar la delimitación competencial basada en la consideración del mercado de hidrocarburos como «único».

LSH hace alusión al apartado 8ª sobre la legislación civil y las bases de las obligaciones contractuales y el apartado 10 relativo al régimen aduanero y arancelario.

Así mismo, siguiendo lo dispuesto en los artículos 149.1.13ª de la Ley Fundamental, la LSH es declarada de carácter básico (DF. 1ª 2)²⁶⁶, exceptuando lo relativo a los procedimientos administrativos: «se excluyen del carácter básico las referencias a los procedimientos administrativos, que serán regulados por la Administración competente, ajustándose en todo caso a lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

Ahora bien, pese a que el legislador haya decidido no incluirlos de manera expresa, ciertamente los criterios aludidos no agotan la lista de títulos competenciales que tienen incidencia en la ordenación del sector del GN. Se considera de interés, a los efectos de este estudio, traer a colación otros títulos atribuidos al Estado, tales como el apartado 23ª relativo a la legislación básica sobre protección de medio ambiente y, especialmente, desde la perspectiva que se explicará más adelante, el apartado 24ª relativo a las obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una CA, caso no poco común de las instalaciones de la red básica de GN.

Por otra parte, entre las competencias atribuidas a las CCAA, resulta de especial relevancia su competencia relativa a la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, por el artículo 148. 1. 3ª del texto constitucional y la relativa a la protección y defensa

²⁶⁶ En este sentido, el TC «Desde esta perspectiva (la libertad de empresa), (la defensa de la competencia) se halla naturalmente relacionada con la necesaria unidad de la economía nacional y la exigencia, que tantas veces hemos subrayado, de que exista un mercado único que permita al Estado el desarrollo de su competencia constitucional de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13.CE) STC 96/1984, F.J. 3º; 64/1990, F.J. 10, y 118/1996, F.J. 7º: sin «la igualdad del ejercicio de las condiciones básicas de la actividad económica (art. 139.1 y 149.1.1 CE) (...) no es posible alcanzar en el mercado nacional el grado de integración que su carácter unitario impone» (STS 64/1990, F. J. 3º). Parece pues, innecesario destacar el carácter básico que, desde la competencia estatal ex artículo 149.1.13, reviste cuanto a la defensa de la competencia se refiere, pues nos hallamos ante un elemento definitorio del mercado. De modo que no sólo la normación, sino todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado único de ámbito nacional habrán de atribuirse al Estado, al que corresponderán, por lo tanto, las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia de un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actos ejecutivos hayan de realizarse en el territorio cualquiera de las Comunidades Autónomas recurrentes».

de los consumidores. Además de la respectiva competencia de desarrollo y ejecución dentro de su territorio de las bases.

Finalmente, las competencias locales, residen especialmente en las referidas a la ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística (art. 25.2.d) LRBRL). Es decir, están estrechamente ligadas a la planificación, ubicación y autorización de las infraestructuras. En el caso del gas, debido a los orígenes del sector, según se vio en el capítulo primero, estas competencias tienen especial significación, pues el éxito de la intervención administrativa en aquella época se logró gracias al título que ostentaba el municipio sobre su dominio, sobre el cual se erigió como una competencia municipal. Esta circunstancia física real que no ha cambiado pese a la derogatoria del apartado 3 del artículo 86 de la LBRL, en lo que se refiere al suministro del gas²⁶⁷, pero aún hoy continúa siendo un tema controvertido.

Un sector donde confluyen tantas competencias no tiene fácil regulación, como se verá especialmente en el siguiente capítulo al estudiar los procedimientos de autorización

A. La distribución competencial establecida por la LSH. Su carácter básico

Con base, principalmente, en los títulos competenciales antes señalados, el artículo tercero de la LSH, originalmente, asignaba las que denominaba competencias administrativas en tres ámbitos: Gobierno, la Administración General del Estado, y las Comunidades Autónomas. No obstante, de acuerdo con la modificación introducida por la Ley 12/2007, dicho artículo distribuye las competencias entre cuatro «autoridades reguladoras»²⁶⁸, pasando a considerar a las administraciones territoriales como tales y añadiendo una más: la CNE, que ya tenía esta categoría. Ya de entrada queda clara la intención del legislador con respecto a las entidades locales. Esta modificación, entraña un cambio relevante en cuanto al reconocimiento de las funciones que realiza la CNE

²⁶⁷ DEL GUAYO CASTIELLA, I., «la Ley del Gas de 1987 contradijo la Ley de Régimen Local de 1985, lo cual dio lugar a disputas que fueron zanjadas por la LSH, en cuya disposición derogatoria única, letra e, derogó el artículo 86.3 citado, y disposiciones concordantes-, en lo que al gas se refiere» «El sistema gasista y su gestión técnica», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 32, p. 52.

²⁶⁸ El Proyecto de Ley presentado por el Gobierno ya contenía esta redacción que se mantuvo sin enmiendas hasta el final su tramitación (BOCG, núm. 102-1, de 8 de septiembre de 2006).

porque, de alguna manera, la coloca al nivel de los entes territoriales asignándole competencias que, si bien, son de carácter técnico sobre cuestiones específicas del sector, le otorgan un estatus diferenciado.

En este nuevo orden de cosas, se relaciona a continuación la distribución competencial establecida en el artículo 3 de la LSH, sin perjuicio de que en el tratamiento de cada tema específico se vuelva sobre ellas más ampliamente.

a. Competencias atribuidas al Gobierno y la Administración General del Estado.

La LSH atribuye al Gobierno facultades determinantes para el funcionamiento del sistema gasista, como son: a) La facultad de planificación en materia de hidrocarburos (art. 3.1.a). Ésta, en general, tiene carácter indicativo «salvo en lo que se refiere a las instalaciones integrantes de la red básica de gas natural, a la red de transporte secundario, a la determinación de la capacidad de regasificación total de gas natural licuado para abastecer al sistema gasista, a las instalaciones de almacenamiento de reservas estratégicas de hidrocarburos (...) y de almacenamiento básico de gas natural (...) teniendo en éstos casos carácter obligatorio para la garantía de suministro de hidrocarburos» (art. 4.1.)²⁶⁹. El artículo 4 de la LSH ha sido reformado en tres ocasiones. Contrariamente a lo que cabía esperar, en principio, en un proceso de liberalización, se ha modificado para incluir cada vez más instalaciones en la planificación obligatoria. Las repercusiones de estas modificaciones son relevantes pues influyen en distintos aspectos del régimen jurídico, según se verá al estudiar los procedimientos de autorización de las instalaciones.

Además, corresponde al Gobierno establecer la regulación básica relativa a las actividades contenidas en la LSH. En cuanto al régimen económico del sistema, esto implica determinar los peajes por el uso de las instalaciones afectas al régimen de acceso por parte de terceros, los tipos y precios de los servicios asociados al suministro, así como de acuerdo con la reforma introducida por el artículo único.1 de la Ley

²⁶⁹ Se encuentra esta norma la primera ruptura del principio de libertad empresarial al imponer obligaciones a los agentes del sistema, por considerarlas como de mínimo necesario para cumplir con la garantía de suministro. Pero no debe adelantarse ningún juicio de valor al respecto, pues se encuentra dentro de los límites constitucionales.

12/2007, las tarifas de último recurso. Asimismo, en concordancia con la normativa comunitaria, le corresponde fijar los requisitos mínimos de calidad y seguridad que deben regir el suministro de hidrocarburos (art. 3.1 LSH).

En relación con los títulos habilitantes para la actuación de los sujetos, la AGE en la personificación del MITC, en lo que al GN se refiere, es el órgano encargado de otorgar la correspondiente autorización de las instalaciones que integran –la red básica, de transporte secundario y de distribución-, siempre y cuando, según el criterio constitucional aludido antes, salgan del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma (art. 3.2 c)²⁷⁰). En este sentido, las competencias de la AGE también han aumentado con respecto al texto original de la LSH, ampliándose de manera significativa, especialmente considerando que también debe informar, con carácter vinculante, las autorizaciones de las instalaciones de transporte secundario que sean competencia de las CCAA. Por otra parte, es la competente para autorizar a los comercializadores de GN cuando su actuación vaya a superar el territorio de una CA (art. 3.2 d)).

A partir del mismo criterio de territorialidad es competente para otorgar las autorizaciones de exploración, permisos de investigación, concesiones de explotación, así como cuando el ámbito de estas actividades comprenda a la vez zonas terrestres y del subsuelo marino (3.2 b) LSH).

De igual forma, en relación con las infraestructuras de transporte y distribución de hidrocarburos, le corresponde impartir instrucciones sobre su ampliación, mejora y adaptación, en garantía de una adecuada calidad y seguridad en el suministro de energía. Así como, inspeccionar el cumplimiento de las condiciones técnicas y económicas que resulten exigibles.

Finalmente, a la AGE se le asigna una competencia de especial relevancia en el contexto actual, según se estudiará luego, la de inspeccionar el cumplimiento del mantenimiento de existencias mínimas de seguridad de los operadores al por mayor que

²⁷⁰ Este criterio ha sido objeto estudio y aclaración por parte del TC en su sentencia 108/1996. En este sentido, CABALLERO SÁNCHEZ, R., «Régimen de los...», op. cit., pp. 651-653.

resulten obligados²⁷¹. Además, es competente para sancionar las infracciones establecidas en la LSH, todo ello en el ámbito de su competencia (art. 3.2 f), g), h), i)).

b. Competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas. En especial sobre la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.

Por su parte, las Comunidades Autónomas tienen a su cargo la realización de la planificación en materia de hidrocarburos en coordinación con la del Gobierno, así como, el desarrollo legislativo y la ejecución de la normativa básica²⁷². Además les atañe, en relación con las instalaciones gasistas y la actividad del comercializador, la competencia para otorgar la autorización respectiva siempre y cuando su aprovechamiento no afecte a otras comunidades o el transporte o la distribución no salga de su ámbito territorial. Asimismo, en el ámbito de su competencia tienen la potestad para impartir las instrucciones relativas a la ampliación, mejora y adaptación de las instalaciones, para supervisar el cumplimiento de las mismas y «determinar en qué casos la extensión de las redes de los gasoductos corresponde a una extensión

²⁷¹ Mediante una reforma introducida por RD-Ley que adicionó un segundo párrafo al artículo 100 de la LSH, se especificó que en los casos en que la inspección y control de las exigencias mínimas de seguridad corresponda a la AGE, ésta será realizada por la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos.

²⁷² Esta competencia está recogida en los distintos Estatutos de Autonomía de diversas formas, especialmente después de las últimas reformas realizadas a algunos de éstos: Andalucía, en la Ley Orgánica 2/2007, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOE, núm. 68, de 20 de marzo de 2007), establece como una competencia compartida, de acuerdo con su art. 49.2 «a) la competencia sobre energía y minas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.25ª de la Constitución», además en el apartado 4 del mismo art. establece: «La Junta de Andalucía participa en la regulación y planificación de ámbito estatal del sector de la energía que afecte el territorio de Andalucía (...)»; Aragón, en el art. 75 4ª de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril (BOE núm. 97, de 23 de abril de 2007) establece su competencia compartida –antes exclusiva– «sobre la energía» y desglosa algunos aspectos sobre la misma; el artículo 30.26 del Estatuto de Canarias dispone la competencia exclusiva sobre las instalaciones de producción, distribución y transporte de energía de acuerdo con las bases del régimen minero y energético. Por su parte, Cantabria en el art. 25.8 establece el desarrollo legislativo a ejecución del: «Régimen minero y energético»; en los mismos términos lo hacen la Comunidad de Castilla La Mancha en el art. 32.8; y Castilla y León en el artículo 71.10 pero añadiendo la frase: «incluidas las fuentes renovables de energía». Cataluña, por su parte, mediante Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, establece en su art. 133.3 la competencia compartida en materia de energía y minas: «La generalitat participa en la regulación y planificación de ámbito estatal del sector de la energía que afecte al territorio de Cataluña». La comunidad Valenciana, LO 1/2006, de 10 de abril, en el artículo 50.5 establece que, en el marco de la legislación básica del Estado, le corresponde el desarrollo legislativo y la ejecución del «régimen minero y energético». Por su parte, Extremadura, art. 8.9 lo establece en los mismos términos que Valencia, e igualmente lo hacen Galicia en el artículo 28.3 y las Islas Baleares, Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero art. 31.15; Madrid, art. 27.8; Navarra art. 57.f); el País Vasco, art. 11.2 C); Asturias, art. 11.6, Murcia, art. 11.5 y la Rioja art. 9.2.

natural de la red de distribución o se trata de una línea directa o una acometida, en aplicación de los criterios que establezca el Gobierno». Esta última competencia ha sido atribuida por la Ley 12/2007, en atención a los diversos conflictos que se han presentado en relación con este tema y que se comentarán al estudiar los respectivos procedimientos de autorización.

Las CCAA deben inspeccionar las condiciones técnicas medioambientales y, en su caso, económicas de las empresas titulares de dichas instalaciones y, sancionar la comisión de las infracciones de acuerdo con la Ley (3. 3. f) y g) LSH). Además, deben supervisar el mantenimiento de existencias mínimas de seguridad cuando éstas estén a cargo de distribuidores al por menor o de consumidores ubicados en su ámbito territorial; así como el cumplimiento de las funciones atribuidas a las empresas distribuidoras en su ámbito territorial (inc. j). Esta competencia ha sido añadida por el artículo único.1 de la Ley 12/2007.

Por otra parte, coherentemente con el art. 148 1. 3 CE, en lo que concierne a la «planificación de las instalaciones de transporte de gas y almacenamiento de reservas estratégicas de hidrocarburos», la LSH evoca la obligación de considerar «el correspondiente instrumento de ordenación del territorio, de ordenación urbanística (...) calificando adecuadamente los terrenos y estableciendo las reservas de suelo necesarias para la ubicación de nuevas instalaciones y la protección de las existentes» (art. 5.1. LSH)²⁷³. Y añade: «En los casos en que no se haya tenido en cuenta la planificación de dichas instalaciones en instrumentos de ordenación o de planificación descritos en el apartado anterior, o cuando razones justificadas de urgencia o excepcional interés para el suministro de productos petrolíferos o de gas natural aconsejen el establecimiento de las mismas, y siempre que en virtud de lo establecido en otras leyes resulte preceptivo un instrumento de ordenación del territorio o urbanístico según la clase de suelo

²⁷³ En relación con este tema, GONZÁLEZ RÍOS, I., realiza una observación en el sentido de que será necesaria una verdadera coordinación entre la planificación que a efectos urbanísticos resulta competencia de la administración local y la planificación de carácter obligatorio que tiene a su cargo el Gobierno sobre la red básica y las instalaciones de almacenamiento, ya que en la LSH, la administración local «no interviene en dicha planificación ni siquiera a título de mero informador sobre las necesidades municipales en la materia». *El dominio público municipal: régimen de utilización por los particulares y compañías prestadoras de servicios*, Granada, 2001, pp. 111-112.

afectado, se estará a lo dispuesto en la legislación sobre el régimen del suelo y ordenación del territorio que resulte aplicable». Es decir, el artículo 244 del texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, o texto autonómico que corresponda. A dichos efectos se considera la instalación como de interés general. Excepto en lo que resulte aplicable a las instalaciones de la red básica de transporte de GN –según la DD única d) de la Ley 13/2003- como se verá más adelante.

Adicionalmente, la LSH prevé que para una gestión más eficaz de las actuaciones administrativas relacionadas con las instalaciones, la AGE podrá celebrar convenios de colaboración con las CCAA²⁷⁴. Este es un instrumento de mucha relevancia, pues como se verá, su utilización se vincula expresamente, por un lado, a la cobertura del servicio en zonas por gasificar según ciertos requisitos específicos establecidos en las normas de desarrollo de la LSH.

B. Las competencias atribuidas a la CNE

Pese a que la rúbrica del artículo 3 de la LSH, como se mencionó, ha sido sustituida por «competencias de las autoridades reguladoras», al referirse a la CNE modifica el lenguaje utilizado para el caso de las Administraciones territoriales, y no utiliza el término competencias. El texto literal del apartado 4 dispone: «Sin perjuicio de las competencias atribuidas a los diferentes órganos de Defensa de la Competencia, la Comisión Nacional de Energía, además de las funciones establecidas en la legislación vigente y con objeto de garantizar la ausencia de discriminación y un funcionamiento eficaz del mercado, supervisará determinados aspectos en el sector del gas natural (...)». El estudio en detalle de esta cuestión se deja para el capítulo séptimo. A continuación le atribuye una serie de cuestiones técnicas, que implican en buena medida, la supervisión de la actividad de los actores del sistema y especialmente del GrTS, sin delimitarle un ámbito territorial.

²⁷⁴ Los cuales están regulados en el artículo 6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y Procedimiento Administrativo Común. Sobre este tema Vid., FERNÁNDEZ FARRERES, G., «Las relaciones organizativas en la Ley de Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento común tras las modificaciones introducidas por la Ley 4/1999, de 13 de enero», en *Nuevas Perspectivas del Régimen Local. Estudios en Homenaje al Profesor José María Boquera Oliver*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 281-285.

Por otra parte, también refuerza a la CNE al atribuirle, con rango legal, la potestad para dictar circulares, con el objetivo recabar de los sujetos cuanta información requiera para efectuar dicha supervisión. Las circulares emitidas por la CNE deben publicarse en el BOE²⁷⁵.

2. Los objetivos generales planteados por la LSH. La incorporación de las Directivas del Gas.

Entre los objetivos planteados por la LSH se distinguen, por un lado, los de carácter más bien formal, relativos a la estructura de la normativa que ordena este tipo de combustibles gaseosos con respecto a su calificación genérica de hidrocarburos; y por otro, los objetivos de fondo, relativos fundamentalmente a la apertura del sector y a la introducción de las nuevas técnicas de intervención administrativa destinadas a promover la libre competencia²⁷⁶ o bien, la adecuación y reforzamiento, no en pocos casos, de las técnicas de intervención tradicionales.

Conviene recordar que en materia de combustibles gaseosos, al momento de promulgación de la LSH, el ordenamiento estaba presidido por la Directiva 98/30/CE, resultado de la segunda fase de construcción del MIE de dicho combustible. Esta Directiva constituía el marco general obligado en el que se debían ordenar las actividades llevadas a cabo en el sector, pues ésta, como dispone su artículo primero: «establece normas comunes relativas a la conducción, la distribución, el suministro y almacenamiento del GN, incluido el gas natural licuado (GNL), el acceso al mercado, al funcionamiento de las redes y a los criterios y procedimientos que deberán aplicarse para otorgar autorizaciones de conducción, distribución, suministro y almacenamiento de gas natural».

²⁷⁵ Sobre este tema, puede verse: ALONSO TIMÓN, A.J., «El fenómeno de las autoridades administrativas independientes y la naturaleza de sus capacidades normativas: especial referencia a las circulares del Banco de España y de la Comisión Nacional de Mercado de Valores», *Anuario Jurídico y Económico escularense*, núm 34, 2001, p. 1779-220.

²⁷⁶ Como ha señalado MUÑOZ MACHADO, S.: «La aplicación a los servicios públicos, de las reglas sobre libre competencia supone, desde luego, una transformación radical de muchos de los principios de organización y régimen jurídico que han disciplinado el funcionamiento de estos servicios en la tradición continental europea», en *Tratado de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 1136.

Dicho sea de paso, la fase final de elaboración de la Directiva 98/30/CE y de la LSH coincidieron en el tiempo de manera que, aunque no se señala expresamente su transposición, sí se aprecia la inclusión de algunas exigencias impuestas en la misma. En efecto, según lo establecido en el artículo 29 de la Directiva, el plazo para su transposición -dos años- transcurrió sin que se llamara la atención a España por el incumplimiento de ésta²⁷⁷. Es más, en algunos aspectos, la LSH contenía normas que trascendían las previsiones de la citada Directiva.

Algo distinto ha ocurrido con la incorporación de la Directiva 2003/55/CE, por la que se deroga la Directiva 98/30/CE, resultado de la tercera fase del proceso de liberalización. La Comisión Europea hizo un llamado de atención a España por el incumplimiento de la obligación de transponerla y finalmente, ha sido condenada por Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 16 de noviembre de 2006²⁷⁸.

En principio, con la reforma operada por la «Ley 12/2007, de 2 de julio, por la que se modifica la Ley 34/1998, con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural» se ha cumplido con dicha exigencia.

²⁷⁷ Como si sucedió con la República francesa que fue condenada por sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de noviembre de 2002, por haber incumplido las obligaciones establecidas en la Directiva, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a sus disposiciones (Asunto C-259/01).

²⁷⁸ Con fecha 16 de marzo de 2005, la Comisión Europea envió dictámenes motivados, entre otros países a España por no haber incorporado a sus ordenamientos nacionales las Directivas europeas relativas al mercado interior de electricidad y gas (IP/05/319) Con fecha 6 de julio de 2005, tras la notificación formal enviada, la Comisión Europea decidió enviar a España al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea por el incumplimiento de la transposición en su Ley nacional de las Directivas del mercado interior de la electricidad y gas (IP/05/853). (Asunto C-357/05) <http://europa.eu.int/rapidpressreleasesaction.do?reference=ip05/853>.

A. Los objetivos de fondo: hacia la liberalización del sector

En el contexto referido anteriormente, -procesos de privatización y liberalización²⁷⁹- al momento de la entrada en vigor de la LSH, sus objetivos de fondo estaban claros; específicamente en relación con el GN, la LSH «pretende avanzar en la liberalización del sector» mediante una «regulación más abierta, en la que los poderes públicos salvaguarden los intereses generales a través de la propia normativa, limitando su intervención directa en los mercados cuando existan situaciones de emergencia». Así como, recoger los avances habidos en esta industria haciéndolos compatibles con «un desarrollo homogéneo y coherente del sistema gasista en todo el territorio nacional». Todo ello, en el marco de los objetivos de política nacional impulsada por el Gobierno, condicionada a su vez por las normas del Tratado, en general; y, por las reglas establecidas en las Directivas para el establecimiento del mercado interior, en especial. En este sentido, puede decirse, que la LSH es la ley de liberalización del sector de los combustibles gaseosos que introduce el sistema gasista español en el mercado interior europeo de la energía.

No obstante, si bien sus objetivos de fondo estaban claros, los instrumentos para llevarlos a cabo, no lo estaban tanto. Ello se descubre, especialmente, cuando se examinan las numerosas y profundas reformas²⁸⁰ a las que ha sido sometida la LSH (y ello, sin tomar en consideración la Ley 12/2007), dada la casi ausencia, en su versión original, de elementos claves de la ordenación del sector. A esto hay que añadir la tardía reglamentación, pese a la relevancia de ésta, para la verdadera puesta en marcha de la LSH dada la innumerable cantidad de remisiones reglamentarias contenidas en la misma, lo que provocó un alejamiento entre la fecha de su entrada en vigencia y la de su efectiva aplicación.

²⁷⁹ Entendidos como dos procesos diferenciados, de cuyo estudio ya se ha ocupado suficientemente la doctrina, Vid. por todos: MARTÍN-RETORTILLO, S., «Reflexiones sobre las privatizaciones», en *RAP*, núm.144, 1997, pp. 7-43.

²⁸⁰ En este sentido, ARIÑO ORTIZ, G., y DEL GUAYO CASTIELLA, I., hablan, apenas un año después de su promulgación, de una “parcial derogación”. Momento aquél, en el que aún estaban por llegar las principales modificaciones. «La regulación de las actividades gasistas», *DA*, núm. 256, enero-abril, 2000, pp. 95-144.

Por otra parte, la LSH plantea la preocupación, cada vez más presente en el ordenamiento comunitario, relativa a la necesidad de introducir criterios de protección medioambiental que deben concurrir en todas las fases del proceso. El impulso en la utilización del GN, de por sí, constituye un ejemplo por su consideración como una de las fuentes de energía más limpias. Así como, sobre la seguridad y la diversificación del suministro, aspectos fundamentales para la economía general, nacional y comunitaria, cuestión sobre la cual ha establecido obligaciones específicas para los actores del sistema²⁸¹. Más concretamente, la LSH introduce las siguientes modificaciones al efecto de llevar a cabo los objetivos planteados.

a. La despublificación del sector y el reconocimiento de la libre iniciativa empresarial. Significado y alcance.

En el sector de los combustibles gaseosos por canalización, los objetivos antes señalados se traducen en la supresión de la consideración de «servicio público» de las actividades relativas al suministro de estos combustibles, pues se estima que éstas no requieren «la presencia y responsabilidad del Estado para su desarrollo»²⁸². Consecuentemente, se reconoce la libre iniciativa empresarial para el ejercicio de las actividades del sector y, en su lugar, en defensa de los intereses generales, se establece la garantía del suministro a todos los consumidores demandantes dentro del territorio nacional, y se le otorga la consideración de actividades de interés económico general (art. 2.2 LSH).

En consecuencia, el artículo 54 de la LSH dispone: «La fabricación, regasificación, almacenamiento, transporte, distribución y comercialización de combustibles gaseosos para su suministro por canalización podrán ser realizados libremente en los términos previstos en este Título, [«La ordenación del suministro de los gases combustibles por

²⁸¹ Sobre este tema, la dependencia de España de las importaciones de GN y en general la situación europea, puede verse el «Informe sobre el Estado de los almacenamientos subterráneos y el mantenimiento de existencias mínimas de seguridad de gas natural por parte de los agentes del sistema» CNE, 31 de marzo de 2005.

²⁸² Vid. MEILÁN GIL, J. L., *Progreso tecnológico...*, op. cit., pp. 49-50

canalización»] sin perjuicio de las obligaciones que puedan derivarse de otras disposiciones...».

De esta manera, se estructura un régimen presidido por la libre iniciativa empresarial modulada, en especial, por las obligaciones relativas a los «servicios económicos de interés general»²⁸³. La desaparición de la reserva a favor del Estado de la titularidad del servicio de suministro de gases combustibles por canalización, y el expreso –aunque implícito– reconocimiento de la libre iniciativa empresarial para el ejercicio de las actividades, proclamado en el artículo 2 de la LSH, constituyen la modificación más significativa introducida por la ley. Básicamente, porque se cambia la forma de gestión del servicio, mas no por que se transforme la perspectiva desde la cual se observa el cumplimiento de la garantía de su prestación en procura del interés general. Esta cuestión no debe perderse de vista, pues la cohesión social como eje de la actuación de la Comunidad Europea, tanto como del «estado social y democrático de derecho» consagrado en la CE, delimitan, en cualquier caso, la ruta a seguir en el camino de la transición hacia un régimen de competencia abierta.

Como es bien sabido, el alcance de dicha reserva sobre la titularidad implicaba la exclusión de la iniciativa privada directa del sector en cuestión, produciéndose una restricción en la libertad de acceso al mismo, tanto como a la permanencia o salida del mismo²⁸⁴. Con la *despublificación*, contrario sensu, la libertad de empresa recupera su

²⁸³ Vid. FERNÁNDEZ FARRERES, G., «El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía» en *Justicia Administrativa*, Lex Nova, núm. 18, 2003, p. 7 y ss.

²⁸⁴ «El tercer grupo de límites es de mercado, ya que la libertad que consideramos, está consagrada «en el marco de la economía de mercado». Las reglas del mercado están contenidas en normas legales (especialmente, la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia). Pero su definición no depende de la libertad absoluta del legislador (prima según el TC, en la referencia a la «economía de mercado», el «carácter de garantía institucional» –SSTC 83/1984 y 123/1991– lo que conlleva que, al ser la economía de mercado el marco obligado de la libertad de empresa –STC 88/1986–, es también el parámetro «dentro del que han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad») No sólo porque el concepto de «economía de mercado» remita a un conjunto de valores de comportamiento perfectamente identificables, sino, sobre todo, porque el Derecho comunitario, cuyos criterios en este punto se imponen al legislador interno, ha definido algunas de las reglas principales del mercado interior. Entre ellas, señaladamente, la competencia libre (también el TC –v. gr. Sentencia 88/1986– considera la libre concurrencia elemento decisivo de la economía de mercado.» MUÑOZ MACHADO, S Los límites constitucionales de la libertad de empresa, en Libro homenaje op. cit., p. 145.

contenido esencial, que a efectos de este estudio, se concreta de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional²⁸⁵, en tres libertades distintas: libertad de acceso, libertad de permanencia y de cesación o salida²⁸⁶.

Desde esa perspectiva, una vez constatado el hecho de que la liberalización del sector no lleva aparejada necesariamente la eliminación de regulación de tipo administrativo, lejos de estipularse un régimen sin ningún tipo de intervención por parte de las Administraciones Públicas, se observa claramente el aumento de la actividad de reglamentación administrativa destinada a crear los instrumentos necesarios para el control del sector, ahora desde la perspectiva del Estado regulador²⁸⁷. Es así como, son diversos los límites que se observan al ejercicio del propio derecho de libertad de empresa, en sus dimensiones de establecimiento o acceso, permanencia y salida o cese

²⁸⁵ Merece cita textual, la STC 225/1993, de 8 de julio, en la que el Tribunal concreta el contenido esencial de la libertad de empresa como: «(...) el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial. De manera que si la constitución garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial “en libertad” de mercado, donde este derecho opera como garantía institucional, el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado. Actividad empresarial que, por fundamentarse en una libertad constitucionalmente garantizada, ha de ejercerse en condiciones de igualdad pero también, de otra parte, con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general». Al respecto, vid. COSCULLUELA MONTANER, L., «Reflexiones sobre los presupuestos constitucionales y de derecho comunitario europeo y los principios generales de derecho público económico», *Estudios de Derecho Público...*, op. cit., p. 128.

²⁸⁶ Al respecto, GIMENO FELIÚ, J. M., «En resumen, a través de este modelo de economía social de mercado, nuestra Constitución económica se articula en torno a dos ejes. Por un lado, nos encontramos con los principios del Título I que configuran un sistema de mercado, en principio capitalista, al estar apoyado como pilares básicos en la propiedad privada de los medios de producción, impulsado por la iniciativa privada y coordinado por el mercado. Pero a la vez, como resulta del artículo 1 de nuestra Carta Magna, este sistema económico deberá estar orientado socialmente. Por ello, todos los derechos y libertades de carácter económico están subordinados a esa función social, siendo obligación de los poderes públicos llenar adecuada y convenientemente todas las lagunas sociales que el sector privado, por la propia inercia de su limitado interés, deja de cubrir.», «Sistema económico y derecho a la libertad de empresa *versus* reservas al sector público de actividades económicas», en *RAP*, núm. 135, septiembre-diciembre, 1994, p. 162.

²⁸⁷ Como lo entiende el profesor CABALLERO SÁNCHEZ, R., «El Estado regulador tiende a convertirse en una instancia de regulación y control, y no de prestación directa de servicios a la sociedad, cuya misión sigue siendo garantizar con adecuados niveles de calidad y generalidad, pero desde fuera de la arena del mercado, es decir mediante medias reguladoras por las que proporciona un marco jurídico-económico adecuado para que sea la libre competencia empresarial la que alcance con eficacia esos objetivos. No cambian los fines, sino los medios o las formas del Estado social de Derechos.», en «El papel central de las infraestructuras en red en la liberalización de servicios públicos económicos», en *RGDA*, p. 2. En este sentido también GIMENO FELIÚ, J. M., *Sistema Económico...*, op. cit., p. 169.

de la actividad, pues su ejercicio conlleva el sometimiento a un conjunto de normas que disciplinan otras dimensiones de la realidad de cuyo respeto, a su vez, resulta su plena consecución, tanto como la de otros derechos también constitucionalmente protegidos²⁸⁸. Precisamente, de éstos surge la tradicional intervención administrativa que se observa en aspectos también tradicionales, tales como la seguridad y calidad industriales, pues éstas no son sino las razones argüidas para justificar la presencia administrativa en la industria o, la ordenación del territorio; o con las mismas técnicas pero sobre aspectos novedosos, que han ido cobrando fuerza en las últimas décadas como la protección medioambiental²⁸⁹; o, con técnicas más novedosas como el ATR. Todas ellas limitan, a la vez que complementan, el contenido esencial de la libertad de empresa, que en cualquier caso, como ha sido reiterado por la doctrina, no es un derecho absoluto²⁹⁰.

De esta manera, se ajusta la legislación nacional a la normativa comunitaria, especial y específicamente en cuanto se refiere a la libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, así como a la cesación o cierre, contenidas en los artículo 43 a 55 del TCE.

De ahí que, debe enfatizarse el hecho de que la desaparición de la reserva no pasa por la eliminación de la garantía de la prestación de los servicios con determinadas

²⁸⁸ Como ha puesto de manifiesto el profesor FERNÁNDEZ FARRERES, G: «En definitiva, se trata de una constatación que a pesar de su elementalidad, no siempre aparece suficientemente realzada. La libertad no necesariamente se contrapone dialécticamente, siempre y en todo caso, a la intervención de los poderes públicos, por cuanto aquella también reclama la acción pública para superar las situaciones restrictivas que, más allá de los principios normativamente sancionados, la propia dinámica social termina por engendrar.» en «Industria», op. cit., p. 409.

²⁸⁹ Al respecto la STC 227/1993, de 9 de julio, reconoce la vertiente institucional del derecho a la libertad de empresa «en cuanto elemento de un determinado sistema económico, y se ejerce dentro de un marco general configurado por las reglas, tanto estatales como autonómicas, que ordenan la economía de mercado y, entre ellas, las que tutelan los derechos de los consumidores, preservan el medio ambiente u organización el urbanismo y una adecuada utilización del territorio por todos».

²⁹⁰ En este sentido, GOIG MARTÍNEZ, J. M.: «Conviene recordar que la propia Constitución (...) condiciona el ejercicio de esa libertad a las “exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”. Se constata de este modo, una vez más, la inexistencia en el Derecho Constitucional contemporáneo de derechos absolutos y prevalentes frente a otros derechos fundamentales o de rango constitucional. Pero además, en un Estado social y democrático de Derecho, como el que proclama el artículo 1 de la Constitución, es lícitamente posible para el legislador la introducción de límites y restricciones al ejercicio de derechos de contenido patrimonial, como son los de propiedad y libertad de empresa, por razones derivadas de su función social», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, «Artículo 38», t. III, Cortes Generales, Editoriales de Derecho Unidas, Madrid, 1996, pp. 729-745.

características de cobertura, continuidad y seguridad, en condiciones de calidad y precio asequible, como se desprende de las propias disposiciones de la LSH, y específicamente, de su artículo segundo que establece la garantía del suministro de gas por canalización «a los consumidores demandantes dentro del territorio nacional»²⁹¹, así como la consideración de las actividades bajo la categoría de «actividades de interés económico general». Tal situación da lugar a un régimen particular, excepcional con respecto a las normas del Tratado, de acuerdo con el cual el ejercicio del derecho a la libertad de empresa debe soportar ciertas cargas delimitadas con precisión²⁹², que igualmente encuentran su fundamento en la propia Constitución, pero cuya utilización puede resultar, a primera vista, contradictoria con la libertad proclamada.

Interesa detenerse aquí, con mayor detalle, en dos aspectos que condicionan el ejercicio de la libertad de empresa y que aparecen en el sector del GN como sus principales límites y a su vez como su garante: la primera, referida a las «actividades de interés económico general»; la segunda, la planificación administrativa.

b. La consideración de las actividades realizadas en el sector como de «interés económico general» y la garantía de suministro. El servicio público objetivo.

En efecto, la LSH en su artículo 2.2, establece que las actividades del sector se ejercerán garantizando el suministro de los productos «a los consumidores demandantes dentro

²⁹¹ En este sentido, GALLEGU ANABITARTE, A., y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M: «Como es evidente, la circunstancia de que las actividades relacionadas con el suministro de combustibles gaseosos por canalización dejen de ser servicios reservados no significa que la garantía del suministro de los mismos haya dejado de ser una tarea estatal competencia pública. El Estado (en sentido amplio) debe garantizar a los ciudadanos el acceso en condiciones aceptables de calidad y seguridad a aquellas prestaciones que forman parte de lo que hoy comúnmente se considera, en nuestro ámbito cultural, como vida humana digna (entre las que se cuenta el suministro de energía), y que el mercado dominado por el interés lucrativo de los sujetos, no tendría por qué garantizar. Esa competencia se fundamenta en el principio del Estado social (arts. 1.1 y 9.2 CE) y en la denominada vertiente objetiva (que implica actuaciones positivas de intervenciones por parte del Estado) de los derechos fundamentales (art. 10.1 CE, por lo que respecta a la dignidad de la persona)», en «La nueva regulación del mercado del gas natural», en *RAP*, num. 148, enero-abril, 1999, p. 44.

²⁹² Como señala, FERNÁNDEZ FARRERES, G., «Las modulaciones que a la libertad de empresa –en su triple dimensión de acceso, permanencia y salida del mercado y en su significado de autonomía de decisión y libre competencia- sea necesario introducir en garantía de las prestaciones han de sujetarse a un límite infranqueable: toda restricción ha de ser necesaria y proporcionada sin que pueda llegar al extremo de desnaturalizar el derecho fundamental en juego que surge tras la despublificación y que no es otro que la libertad de empresa», «El concepto...», op. cit., p. 19.

del territorio nacional y que tendrán la consideración de *actividades de interés económico general*», respecto de las cuales la Administración ejerce las facultades previstas en la propia Ley²⁹³.

La noción de «actividades de interés económico general» reconduce inevitablemente a la de servicio público²⁹⁴, sobre la que basta con remitirse a la más calificada doctrina que ha analizado el tema²⁹⁵, sin pretender algo más que afirmar la sobrevivencia²⁹⁶ de su esencia a través, o en la noción de «servicios de interés económico general», que a los

²⁹³ Esta disposición es concordante con lo señalado en el artículo 3.2 de la Directiva del Gas que dispone: «Los Estados Miembros, respetando plenamente las disposiciones pertinentes del Tratado, en particular su artículo 90, podrán imponer a las compañías de gas natural, obligaciones de servicio público de interés económico general, que podrán referirse a la seguridad, incluida la seguridad del abastecimiento, a la regularidad, a la calidad, y al precio de los suministros, así como a la protección del medio ambiente. Estas obligaciones de servicio público deberán definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables...».

²⁹⁴ En este sentido, la STS de 7 de febrero de 2005 (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª) ha puesto de manifiesto que «La noción de servicio de interés general, que constituye una categoría de Derecho Comunitario Europeo, que se aplica al sector del gas, que contribuye a garantizar en cualquier lugar un servicio de calidad a un precio accesible para todos los consumidores, se reconoce entre los valores de la Unión en su papel de promoción de la solidaridad y cohesión social y territorial» (FD 3). Una síntesis histórica sobre los servicios públicos y lo que podría denominarse como su nueva configuración comunitaria europea, bajo el nombre de «servicios de interés económico general», se encuentra en ROLDÁN MARTÍN, Á., Los nuevos contornos del servicio público. *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, XII-2000, pp. 15-56, para esta autora, la expresión servicio público no aparece en el Derecho Originario de la Unión Europea, «para evitar optar por una de las tradiciones jurídicas concretas», de los países miembros, debido a que las técnicas empleadas para dar respuesta a un fin político común de todos los Estados (asegurar a sus ciudadanos una serie de prestaciones esenciales con carácter general, regular y continuo) ofrece variantes diversamente caracterizadas: servicio público como publicatio, régimen exorbitante, public utilities. En opinión de DIEZ-PICAZO, L. M., «la idea de servicios de interés económico general, (...), es una idea específicamente comunitaria y la opción por el término servicio de interés económico general, no se debió a ignorancia de conceptos más acrisolados, ni tampoco a mero afán de innovación terminológica. Antes al contrario, es casi seguro que la decisión de introducir una expresión de nuevo cuño respondió al deseo de dar vida a un concepto jurídico autónomo propio del derecho comunitario.», en «La idea de servicios de interés económico general», op. cit., pp. 251-252.

²⁹⁵ Sobre el tema del servicio público, de abundante tratamiento doctrinal, interesa destacar: FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., Del servicio Público a la liberalización, desde 1950 hasta hoy. En *RAP*, núm. 150, septiembre-diciembre, 1999, pp. 57-73; MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio público y mercado*, Civitas, Madrid, 1998; MARALET I GARCÍA, E. «Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto, en *RAP*, núm. 145, 1998, pp. 49-87; y GARRIDO FALLA, F., «¿Crisis de la noción de servicio público?», en *Estudios de derecho público económico...*, op. cit., pp. 441-456.

²⁹⁶ O en palabras del profesor MUÑOZ MACHADO, S, de su «sostenimiento», *Tratado de...*, pp. 1130; y sobre este tema: SOSA WAGNER, F., «Los servicios públicos en Europa» en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 6, 2004, pp. 89-101.

efectos de este estudio se entiende como la acepción que ha acuñado la Comunidad Europea, con el ánimo de crear un concepto con «carácter comunitario» que ofrezca una opción, compatible con la libre competencia, capaz de resguardar ciertas garantías sobre la consecución del interés general, en el marco de la política de cohesión social que proclama la propia Unión Europea²⁹⁷.

Es así como, puede decirse, que las llamadas actividades de interés económico general, constituyen el «nuevo» límite de la libertad de empresa²⁹⁸. El concepto utilizado en el artículo 86 del Tratado y se refiere a los servicios de mercado a los que los Estados miembros imponen determinadas obligaciones de servicio público en virtud de criterios de interés general (según se estudió en el epígrafe III.1 B de este capítulo). En realidad, pueden considerarse una nueva denominación del servicio público, puesto que en el fondo reflejan la preocupación de garantizar a todos, la satisfacción regular y continua, con un nivel de calidad determinado, de ciertas necesidades que se consideran imprescindibles para una vida digna.

La garantía de suministro es precisamente el elemento clave que conserva el Estado para establecer las obligaciones o cargas de «interés económico general», el aspecto que le permite matizar ese principio de libre iniciativa empresarial. Ésta se recoge en el artículo 2.2 de la LSH, y se especifica para el caso de los combustibles gaseosos, originalmente, en el artículo 57 (modificado por la Ley 12/2007), que disponía la tradicional garantía de suministro «a todos los consumidores que lo demanden, comprendidos en las áreas geográficas pertenecientes al ámbito de la correspondiente autorización y en las condiciones de calidad y seguridad que reglamentariamente se establezcan por el Gobierno, previa consulta a las Comunidades Autónomas», pero que

²⁹⁷ Si bien, el servicio universal y las obligaciones de servicio público o interés económico general no tienen la consideración de «política» de la Unión, éstos cumplen un papel relevante en el marco de la política de Cohesión económica y social, establecida en el Título XVII del TCE.

²⁹⁸ En opinión de DE LA QUADRA SALCEDO, T., *La liberalización de las telecomunicaciones, servicio público, y constitución económica europea*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, «La idea de servicio público y los monopolios que, eventualmente, lo desarrollaban, han sido el enemigo a batir en el proceso de liberalización de las telecomunicaciones; éste tropezaba con el art. 90, que parecía dar alguna cobertura a las derogaciones del Tratado que encontrasen apoyo en la prestación de servicios de interés económico general; por ello, la interpretación restrictiva de este concepto ha sido el primer camino elegido para dejar espacio a la liberalización» pp. 20-21.

se conserva, aunque de manera un tanto dispersa, a través de las previsiones relativas a las obligaciones de los sujetos actores del sector y en las medidas de inspección y control correspondientes, a cargo del Gobierno y las Comunidades Autónomas.

Además, hay que señalar que no se trata de una construcción jurídica consolidada²⁹⁹, como se demuestra con el hecho de que la Directiva 2003/55/CE, ya no se refiere a estas obligaciones con la denominación de «servicio de interés económico general», sino que vuelve a la denominación de «servicio público»³⁰⁰. El artículo 3, apartado 2 señala que «Los Estados miembros podrán imponer a las compañías que operen en el sector del gas en aras del interés económico general, obligaciones de servicio público, que podrán referirse a la seguridad, incluida la seguridad del suministro, a la regularidad, a la calidad y al precio de los suministros, así como a la protección del medio ambiente, incluida la eficiencia energética y la protección del clima. Estas obligaciones de servicio público deberán definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, y garantizarán a las empresas de gas de la Unión Europea el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales». Como puede verse, además, no son pocos los ámbitos en los que se pueden establecer obligaciones de servicio público.

A los efectos de este trabajo se entenderá entonces que existe una relación muy estrecha entre el servicio público y los servicios de interés general, tanto que, aunque en un principio algún sector de la doctrina interpretó que constituían la institución que

²⁹⁹ Aunque por otra parte, como señala REBOLLO, M., «Ni ha habido antes, ni hay ahora un concepto legal de servicio público o de servicios de interés económico general. Y que son conceptos que, con frecuencia, se manejan de forma indiferenciada y notablemente ambigua, pero que, en fondo, vienen a querer decir sustancialmente lo mismo.», en «Sociedad economía y Estado», *Estudios de Derecho Público Económico...*, op. cit., p. 629.

³⁰⁰ Las conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Barcelona, 15 y 16 de marzo de 2002, específicamente la conclusión 42, se refieren a este tema: «la integración de las redes transeuropeas y la apertura de mercado de servicios de interés público deberían tener plenamente en cuenta la importancia de unos servicios públicos de calidad. A este respecto, el Consejo Europeo subraya la importancia que reviste para los ciudadanos y para la cohesión territorial y social el acceso a los servicios de interés económico general. En este contexto, el Consejo solicita a la Comisión que: prosiga su examen con vistas a consolidar y especificar los principios de los servicios económicos de interés general, subyacentes en el artículo 16 del Tratado, en una propuesta de Directiva marco, respetando al mismo tiempo las especificidades de los distintos sectores involucrados, y teniendo en cuenta los dispuesto en el artículo 86 del Tratado.»

sustituiría al «servicio público», con el paso del tiempo se observa más bien su transposición, podría decirse, en alguna medida, ya que si bien, éste último no prejuzga la titularidad del servicio³⁰¹, su finalidad: la cohesión social, se encuentra también en el principio y fin del servicio público, en su concepción más clásica; y, que antes que desaparecer, se refuerza, ya que a pesar de la eliminación de su rasgo más característico, la publicatio, trasciende y perdura en sus características objetivas³⁰².

La LSH, si bien es cierto, impone a los sujetos actores algunas obligaciones encaminadas a la consecución de estos fines, según se estudiará- otorga en general, a todas las actividades realizadas dentro del sistema gasista, la consideración de actividades de interés económico general.

c. La planificación energética y la libertad de inversión.

Como se observó en el capítulo anterior, la planificación es una técnica de intervención administrativa que ha estado presente en el sector energético, con mayor o menor intensidad. Esta técnica que, en principio, no parece compatible con la libre competencia, continúa vigente en la LSH. Las características propias del sector tanto como la estratégica importancia de éste en el desarrollo económico general, hacen necesaria la utilización de esta técnica para la consecución de la prestación del servicio de interés económico general. No es de extrañar, por tanto, que ésta sea también una

³⁰¹ Al respecto, DE LA CRUZ FERRER, J.: «al ampliar la perspectiva sobre la regulación de los servicios públicos económicos (energía, comunicaciones y transportes) en otros ordenamientos, podemos comprobar que el elemento subjetivo no es imprescindible como medio para lograr el fin que se persigue: la garantía de la continuidad, de la calidad y del precio del servicio que se presta a los ciudadanos, que es lo que en definitiva importa» en *La liberalización...*, op. cit., p. 351; o, NEBOT LOZANO, J. M. «(...) en la consideración de que lo que realmente importa es que las necesidades esenciales queden satisfactoriamente cubiertas bajo los principios que se estiman básicos como regularidad, continuidad, igualdad, etc., y que las técnicas jurídicas deben subordinarse a esa finalidad, aunque forzoso es reconocer que el proceso de cambio de las mismas es laborioso y exige un alto contenido de prudencia y gradualidad», «Competencia y Servicio público en la Actividad Eléctrica», en *Competencia...*, op. cit., p. 18.

³⁰² En este sentido, FERNÁNDEZ FARRERES, G., «El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía» en *Justicia Administrativa*, núm. 18, Madrid, 2003, pp. 7-21; y, DE LA CRUZ FERRER, J., «podemos llegar a la conclusión de que la LSE ha abandonado efectivamente el elemento subjetivo de la institución del servicio público (reserva de actividades al Estado), pero ha mantenido los principios tradicionales del elemento objetivo –principios de continuidad universalidad, calidad, seguridad, adaptación, aprobación de tarifas, etc.,-, configurándolos como obligaciones que se imponen a los operadores tradicionales.», *La liberalización...*, op. cit., pp. 355-356.

opción a la que recurren tanto por la Directiva del gas³⁰³ como la LSH que bajo el amparo constitucional otorgado por el propio artículo 38, el mismo que consagra la libertad de empresa, atribuye al Gobierno dicha posibilidad que se concreta en el artículo 131 del mismo texto Constitucional³⁰⁴ (art. 3.1.a) LSH).

La planificación administrativa en materia de energía, no sólo en cuanto a oferta y demanda, sino también y, consecuentemente, en lo referido al desarrollo de las infraestructuras, ha sido determinante en este sector desde sus orígenes para la adecuada proyección y seguimiento de las instalaciones y redes del sistema y por lo tanto, para la toma de decisiones sobre las inversiones. No obstante lo cual, no son pocos los aspectos que se deben modular con respecto a ésta, ya que, no se debe olvidar que simultáneamente preexiste la obligación del Estado de procurar la libertad de empresa. Se hace imperativo conservar ese difícil equilibrio entre ambos valores y a su vez la salvaguardia de los intereses generales.

Merece destacarse, sin embargo, la intensidad que esta técnica de intervención administrativa alcanza en una ley liberalizadora³⁰⁵, pues si bien, la planificación, en el sector del gas, en general, tiene carácter indicativo³⁰⁶, es muy significativo el ámbito en

³⁰³ En el párrafo último del artículo 3.2 de la DG, se lee: «Como medio de cumplir las obligaciones de servicio público relativas a la seguridad del abastecimiento, los Estados miembros que así lo deseen podrán establecer una planificación a largo plazo, teniendo en cuenta la posibilidad de que otras partes deseen acceder a las redes. »

³⁰⁴ No hay que olvidar que el cauce previsto en este artículo está referido a la actividad económica general, según la doctrina del TC, por todas la STC 96/1990. En este sentido, SALAS HERNÁNDEZ, J, «Energía», op. cit., p. 923.

³⁰⁵ Pese a que como señala DEL GUAYO, I., quien al definir el sistema gasista, expresa: «La idea de sistema implica la idea de intervención pública, pero no puede identificarse con la falta de libertad. Si la función principal del sistema es garantizar el suministro, tal seguridad puede exigir, a veces, determinadas restricciones a la libertad de operación en el mercado y otras veces, todo lo contrario, para permitir que nuevos operadores traigan nuevos suministros al sistema. Para el autor de la LH la idea de SG (sistema gasista) tiene que ver sobre todo con planificación» en «El sistema Gasista y su gestión técnica», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 32, Julio-Diciembre, 2001, p. 60.

³⁰⁶ Como señala el propio documento de «Planificación de los sectores de electricidad y gas 2002-2011» «Es cierto que la planificación no es un concepto nuevo. Sin embargo es preciso resaltar que nos encontramos ante una labor claramente diferenciada de lo que se ha venido haciendo bajo esta denominación hasta épocas recientes (...) Este modelo ha dado paso, en el nuevo marco regulatorio, a la planificación que en su mayor parte es indicativa y donde, por tanto, sus elementos dejan de vincular a los agentes respetándose el principio de la libre iniciativa empresarial», Capítulo 1, p. 2. (www.mityc.es)

el que ésta es obligatoria, como se observa en las normas que se estudian a continuación.

Para empezar, la LSH otorga rango legal a la práctica llevada a cabo durante el último cuarto de siglo, en este y otros sectores como el eléctrico al establecer, en su artículo 4.2, que dicha planificación debe ser realizada por el Gobierno con la participación de las CCAA y presentada al Congreso de los Diputados. Como es bien sabido, esta no es una previsión nueva aunque sí lo es su rango legal³⁰⁷. Adicionalmente, como novedad, reitera la disposición constitucional que establece la participación de las CCAA en dicho ejercicio³⁰⁸, para lo cual rescata expresamente la posibilidad que tiene la AGE de celebrar convenios de colaboración con las CCAA, con el propósito de llevar a cabo una gestión más eficaz de las actuaciones administrativas relacionadas con la planificación de las instalaciones (art. 3.5 LSH)³⁰⁹; y más allá, el artículo 4.1 de la LSH, en su redacción original estableció, en general, la planificación con carácter indicativo para el sector, excepto en cuanto se refiere «a los gasoductos de la red básica, a las instalaciones de almacenamiento de las reservas estratégicas de hidrocarburos (...) teniendo en estos casos carácter obligatorio y de mínimo exigible³¹⁰ para la garantía de

³⁰⁷ En realidad, la novedad habría sido que estableciera cuáles son las consecuencias de su incumplimiento por parte de los obligados a ejecutarla, en caso de que sea obligatoria, cuestión que continúa sin considerarse.

³⁰⁸ No obstante estar contemplado así en el artículo 131.2 CE no se participaba a las CCAA en este proceso. Aunque este aspecto fue objeto de discusión en el parlamento al tramitar el Proyecto de Ley del gas. Sin embargo, no se llegó a incluir su participación pese a que todos coincidieron en que su audiencia era imprescindible y constitucionalmente exigible. En este sentido, DEL GUAYO CASTIELLA, I., *El Servicio...*, op. cit., p. 115.

³⁰⁹ Los cuales están regulados en el artículo 6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y Procedimiento Administrativo Común. Sobre su regulación actual, FERNÁNDEZ FARRERES, G., «Las relaciones organizativas en la Ley de Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento común tras las modificaciones introducidas por la Ley 4/1999, de 13 de enero», en *Nuevas Perspectivas del Régimen Local. Estudios en Homenaje al Profesor José María Boquera Oliver*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 281-285.

³¹⁰ Esta característica de la planificación de «mínimo exigible» para la garantía de suministro, se atribuye a la planificación del sector del gas a diferencia del de la electricidad, y a juicio de la CNE: «Parece que queda abierta la posibilidad de ampliar o añadir nuevas instalaciones, aunque éstas no estén contempladas dentro de la planificación. Esto puede llevar a una situación en la que cualquier instalación, sin importar si es o no necesaria, tenga que ser retribuida por el sistema, lo que conlleva un riesgo de proliferación de instalaciones de dudosa necesidad para el mismo. Esto es, la convivencia de una red planificada con otra libre, que puedan estar sujetas al mismo régimen retributivo, parece muy compleja» Ya entonces la CNE señalaba que: «(...) podría ser más adecuado que la planificación de la red de gas fuera vinculante; esto es,

suministro de hidrocarburos». De esta manera, la LSH parece dejar a lo que se considera estrictamente necesario la sujeción a una planificación con carácter obligatorio, imponiendo una restricción a la libertad de inversión que no es sino una manifestación de la libertad de establecimiento, justificada en el hecho de que ambos tipos de instalaciones constituyen monopolios naturales³¹¹. Por tanto, el nivel de control que sobre ellas debe ejercerse, en aras de la consecución de la libre competencia y a su vez del cumplimiento de las obligaciones de interés económico general, continúa siendo de mucha intensidad.

Se hace énfasis en este aspecto pues, como se puede observar en el texto transcrito, inicialmente sólo se incluían los gasoductos de la red básica y las instalaciones de almacenamiento de reservas estratégicas. Sin embargo, se han ido añadiendo más aspectos en la planificación obligatoria. Primero, el artículo 76.1 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, incluyó en dicha planificación «la capacidad de regasificación total de gas natural licuado» y posteriormente, el artículo 10 de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad, ha incluido a todas las instalaciones integrantes de la red básica de GN³¹². Sobre esta cuestión, debe decirse que la motivación de esta última Ley

suprimir el concepto de mínimo en la misma e incluir en la mencionada planificación también a las plantas de regasificación.» «Informe marco sobre la demanda de la energía eléctrica y gas natural y su cobertura» de 20 de diciembre de 2001, p. 4.

³¹¹ En este sentido, el documento «Planificación energética 2002-2011», señala que se repiten para el caso del sector de hidrocarburos «los mismos criterios aplicados a las redes eléctricas consideradas como monopolios naturales, teniendo la planificación en estos casos, el carácter obligatorio y de mínimo exigible para la garantía del suministro de hidrocarburos» (punto 1). Valga señalar que dicha planificación obligatoria de las redes de transporte en el sector eléctrico, no está establecida en la respectiva Ley, sino en el artículo 8 del Real Decreto 1955/2000, que desarrolla el marco normativo por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización suministro y procedimientos de autorizaciones. Lo cual constituye una diferencia significativa con respecto al sector de hidrocarburos.

³¹² Lo cual por lo demás, no es de extrañar, ya que como señala DE QUINTO ROMERO, J., «El tendido de redes es algo sumamente delicado para el mercado. La libertad de inversión sin una planificación general conduce a redes subóptimas. Ni siquiera desagregando las decisiones de desarrollo de las red en territorios exclusivos de “n” empresas en régimen de no concurrencia, conduce a una solución óptima desde el punto de vista económico, ya que las sumatoria de “N” empresas no es igual al óptimo del sistema en su conjunto. De aquí la necesidad ineludible de que el desarrollo de la red se haga bajo un sistema de planificación general de la red.» *Principio...*, op. cit., p. 260. A su juicio, «por el momento la planificación de la red (eléctrica y gasista) en España es un proceso poco transparente y en el que el nivel de información disponible es escaso y poco homogéneo» p. 261. Situación que parece haber cambiado desde 2001.

24/2005, resulta cuando menos curiosa a los efectos de la reforma de la LSH, pues dice: «Mediante esta Ley se regulan una serie de materias cuyo contenido esencial lo constituyen las reformas de carácter liberalizador en los mercados de bienes y servicios que persiguen, a través del impulso a la competencia efectiva, estimular el aumento de la productividad y, por esta vía contribuir a corregir las carencias (...) del modelo de crecimiento económico» (apartado II). Claro que la exposición de motivos no está referida exclusivamente a las medidas que se adoptan en el sector de hidrocarburos gaseosos, pero no deja de ser llamativo el hecho de que se especifique que en ese sector «Se revisa la planificación para especificar que ésta tiene carácter obligatorio, no exclusivamente de mínimos»³¹³ (apartado III). Aspecto que no se puede decir que sea favorecedor de la liberalización ni necesariamente de la competencia efectiva, no al menos en principio, aunque tampoco se debe deducir todo lo contrario.

Esta situación debe observarse también desde la perspectiva de los operadores económicos. Visto desde ese otro ángulo, la planificación se convierte en una guía, que se traduce en una especie de garantía de riesgo que facilita la toma de decisiones relacionadas con la proyección de las inversiones en instalaciones y, en general, sobre sus actuaciones en el sector. Ciertamente, en este nuevo contexto el sujeto que decide establecerse en el sector debe asumir la responsabilidad sobre su inversión, no se trata y no debe tratarse, de un traslado de la responsabilidad sobre las consecuencias de la misma. No obstante, parece claro que debe haber una dirección por parte de un sujeto que cuente con una visión de conjunto que permita acertar sobre el nivel adecuado de cobertura del servicio, sobre la oferta y la demanda y, por tanto, sobre el nivel de inversión, por señalar algunos factores.

Por otra parte, esta consideración dentro de la planificación obligatoria tiene incidencia en el tipo de procedimiento que se debe seguir para el otorgamiento de la autorización de instalación respectiva. Esto implica que la libertad de inversión en el sector, al menos con respecto a dichas instalaciones, está condicionada por el instrumento de planificación y sujeta a regulaciones procedimentales específicas para el otorgamiento de los títulos habilitantes, así como su retribución.

³¹³ Con ello, se da finalmente, la razón a la CNE, que lo venía advirtiendo en sus informes. Vid. nota 318.

De acuerdo con el nuevo modelo, y a través de la redacción dada al artículo al artículo 4 por la Ley 12/2007, se ha considerado necesario incluir también en la planificación obligatoria, a la red básica de transporte secundario y las instalaciones de almacenamiento básico de GN. Con ello se termina por incluir una considerable parte de las instalaciones del sistema dentro de la planificación obligatoria así como algunas actividades. Sobre este tema se volverá en el capítulo tercero al estudiar en detalle los procedimientos establecidos para el otorgamiento de las autorizaciones.

Finalmente, de conformidad con el citado apartado 2 del mismo artículo 4, dicha planificación debe ser realizada con la participación de las CCAA y presentada al Congreso de las Diputadas³¹⁴ y debe tratar, en cuanto al GN se refiere, al menos a los siguientes aspectos: la previsión de la demanda de GN a lo largo del período establecido, la previsión de desarrollo de la red básica de transporte, con el fin de atender la demanda con criterios de optimización de la infraestructura gasista en todo el territorio nacional, la definición de zonas de gasificación prioritaria, expansión de las redes y etapas de ejecución con el fin de asegurar el desarrollo homogéneo del sistema gasista en todo el territorio nacional; previsiones relativas a instalaciones de transporte y almacenamiento de combustibles gaseosos, así como de las plantas de recepción y regasificación de GNL, con el fin de garantizar la estabilidad del sistema gasista y la regularidad y continuidad de los suministros de gases combustibles así como, los criterios de protección medioambiental que deben informar las actividades objeto de la LSH (art. 4. 2. y 3. LSH).

³¹⁴ En desarrollo de esta norma, la DA segunda del RD 949/2001, fijó un plazo de 3 meses desde la publicación de dicho RD, para el inicio de los estudios encaminados a realizar una propuesta de planificación y reiteró que dicha planificación tendría carácter obligatorio y de mínimo exigible para la garantía de suministro de hidrocarburos en lo referente a los gasoductos de la red básica y a las instalaciones de almacenamientos de reservas estratégicas de hidrocarburos. Es así como, en el presente año 2002, el Gobierno ha presentado al Congreso de los Diputados el documento titulado «Planificación y Desarrollo de las redes de transporte eléctrico y gasista 2002-2011», preparado por la DGPEM del Ministerio de Economía. El cual se discutió en la subcomisión de Infraestructuras Energéticas del Congreso. El documento está elaborado sobre la base del «Informe Marco sobre la demanda de energía eléctrica y gas natural» emitido por la CNE, y contiene la previsión de la evolución energética española en el periodo contemplado, la evolución prevista para la red de transporte de energía eléctrica y de la infraestructura gasista.

d. Las actuaciones gubernamentales en materia de planificación gasista

En desarrollo de las disposiciones legales a que se ha hecho referencia, la DA segunda del RD ATRSEI dispuso: «En el plazo de tres meses, desde la publicación del presente Real Decreto, el Ministerio de Economía, con la participación de las Comunidades Autónomas, iniciará los estudios para realizar una propuesta de planificación en materia de hidrocarburos, para su tramitación, conforme a lo establecido en el artículo 4 de la LSH.» Reiterando que debía referirse a los aspectos indicados en el artículo 4 de la LSH, así como su carácter obligatorio y de mínimo exigible para la garantía de suministro de hidrocarburos en lo referente a los gasoductos de la red básica y a las instalaciones de almacenamientos de reservas estratégicas de hidrocarburos. En la misma disposición introdujo una regulación relativa a los procedimientos de autorización de ciertas instalaciones: «Las autorizaciones de construcción y explotación de los gasoductos de transporte y sus instalaciones complementarias, que de acuerdo con el artículo 4 de la Ley 34/1998, tienen carácter obligatorio en la planificación energética, se otorgarán por el Ministerio de Economía, mediante un sistema de concurso, de forma que se garantice la transparencia, objetividad y su concurrencia.» No se sabe muy bien, cuál es la relación que tiene esto con la planificación obligatoria, aunque no es muy difícil descubrir su intención dado el párrafo que le sigue: «En caso de falta de concurrencia, el Ministerio de Economía podrá encomendar al transportista que esté realizando las funciones de gestor técnico del sistema que lleve a cabo la realización de los proyectos y la subsiguiente construcción de las instalaciones». Si bien, por un lado, establece un supuesto específico para encargar la realización de las instalaciones directamente la GrTS, y ello resulta en una garantía del sistema, pues asegura su construcción por otro lado, parece contradictorio con el párrafo anterior y recuerda, quizás demasiado, la vieja relación entre el Estado y su concesionario de la actividad.

En cumplimiento de ese mandato legal, el Gobierno, a través de la DGPEM promulgó la Orden de 1 de junio de 2001, por la que se dio inicio al procedimiento para efectuar propuestas de desarrollo de la red de transporte de GN, convocando por un plazo de tres meses, a «los sujetos del sistema, a las Comunidades Autónomas y promotores de nuevos proyectos de generación eléctrica a partir de gas natural» para la realización de

propuestas en dicho sentido, y estableció los requisitos mínimos que debían contener las mismas.

Con base en la información aportada y los estudios realizados por el propio GrTS y la DGPEM, previo informe de la CNE³¹⁵, se ha elaborado un plan con un horizonte temporal de 10 años, aunque abarca 2002-2011, que fue remitido el 21 de febrero de 2002, a la subcomisión del Congreso creada para debatir el tema. Seguidamente, el MINECO teniendo en cuenta las conclusiones de la subcomisión del congreso, así como el informe de la CNE, a través de la Secretaría de Estado de Energía, presentó el documento: «Planificación de los sectores de electricidad y gas. Desarrollo de las redes de transporte 2002-2011» con fecha 13 de septiembre de 2002. Documento este último que ha sido revisado y recientemente aprobado por el Consejo de Ministros, con fecha de 31 de marzo de 2006, «Revisión de la Planificación 2005-2011»³¹⁶. En éste los capítulos 9, 10, 11 y 12 se dedican al GN. Su capítulo 13 incluye, como novedad, lo relativo a las infraestructuras de almacenamiento de reservas estratégicas de productos petrolíferos que contiene directrices de política energética del Gobierno. El contenido específico del documento sólo será traído a colación en detalle cuando sea trascendente a los efectos de este estudio.

Si bien la planificación no es vinculante, por la forma como se ha planteado en este plan, sí está teniendo efectos vinculantes en algunos aspectos como la autorización de las instalaciones por determinados procedimientos. En la revisión de la planificación se han confirmado los criterios establecidos en el documento original a afecto de la

³¹⁵ Este informe fue aprobado por la CNE en sesión del día 20 de diciembre de 2001, de acuerdo con este informe «una planificación de las actividades reguladas y una supervisión de la cobertura de la demanda de gas natural es compatible con un mercado en competencia, en el que la libre iniciativa empresarial ha de tomar las decisiones necesarias de inversión para la incorporación de la energía al sistema. Es más, una red suficiente es un requisito imprescindible para permitir un funcionamiento del mercado en competencia efectiva, en beneficio de todos.» Informe marco sobre la demanda de energía eléctrica y gas natural, y su cobertura, Ministerio de Economía, p. 4.

³¹⁶ Por su parte, la Orden ITC/1549/2007, de 18 de mayo, por la que se aprueba el programa anual de instalaciones y actuaciones de carácter excepcional de las redes de transporte de energía eléctrica y gas natural, según señala su artículo 1, pone al día las propuestas de desarrollo de las redes, de tal forma que recoge la actualización de los aspectos más significativos referidos a variaciones puntuales y las actuaciones excepcionales que es necesario realizar para conseguir un desarrollo dinámico de las redes objeto de planificación vinculante.

aplicación del tipo de procedimiento autorizatorio, adjudicación directa o concurrencial, según se incluyera en la planificación obligatoria o no. Los criterios establecidos responden a una clasificación determinada por el propio documento de planificación según la cual los proyectos se dividen en categorías, a saber: *Categoría A*, *B1*, *B2*, *C*, ligada a que se produjeran, o confirmaran, una o varias circunstancias que en el momento de la aprobación todavía no eran conocidas. De esta manera, las de la *Categoría A*: incluye los proyectos aprobados sin ningún tipo de condicionante; la *B1* los que están condicionados al cumplimiento de un solo hito para su aprobación definitiva, *B2* al cumplimiento de 2 o más hitos; y, *C* los proyectos en que no se ha justificado la demanda que deben atender. Por ello se indicaba en el Documento 2002-2011 que: «Con el fin de alcanzar el objetivo (...) y que estas infraestructuras estén operativas en las fechas indicadas, y teniendo en cuenta, en particular, el hecho de que en la mayoría de los casos los procedimientos de otorgamiento de las autorizaciones se han iniciado con anterioridad a la aprobación de la Planificación, estando en fases muy avanzadas, el Ministerio de Economía podrá proceder a otorgar de forma directa la autorización administrativa previa». Este criterio se ha reiterado en el Documento de revisión 2005-2011 que llega al punto de señalar que para el correcto funcionamiento del sistema y para poder garantizar el suministro a la demanda es necesario que las infraestructuras incluidas en la categoría *A* entren en funcionamiento en las fechas previstas y que «Por ello, el procedimiento de tramitación administrativa que deberá ser utilizado para la autorización de cada infraestructura será aquél que más se adecue en forma y plazo a los períodos de tiempo disponibles desde el momento de la presentación, por parte de una compañía promotora, de la solicitud de autorización hasta la fecha definida en este documento como necesaria para su entrada en funcionamiento»³¹⁷. Finalmente, advierte que algunas infraestructuras deben ser iniciadas de forma inmediata pues resultan de «extrema urgencia» para asegurar la cobertura de la demanda gasista de los próximos años³¹⁸.

³¹⁷ «Planificación de los sectores de electricidad y gas 2002-2011. Revisión 2005-2011» Capítulo 11 «Infraestructuras a construir: Balance entre el alcance territorial de la red y seguridad de suministro», p. 285.

³¹⁸ Mediante Orden ITC/2675/2006, de 1 de agosto, se ha convocado el inicio del procedimiento para efectuar propuestas de desarrollo de la red básica de GN, (BOE 17 de agosto de 2006), para lo cual se ha

B. La estructura forma I de la LSH en materia de gases combustibles por canalización

En relación con la estructura de la LSH deben destacarse, a los efectos de este estudio, dos aspectos formales. El primero engloba al sector de los hidrocarburos, tanto líquidos como gaseosos, y el segundo está referido específicamente al Título IV, del «Sistema Gasista».

a. La agrupación de todas las actividades relacionadas con los hidrocarburos.

En primer lugar, como un objetivo general, la LSH de acuerdo con su exposición de motivos, pretende renovar, integrar y homogeneizar la distinta normativa legal vigente en materia de hidrocarburos. De ahí que, en ella se englobe el conjunto del sector, incluyendo tanto los hidrocarburos líquidos como los gaseosos. Específicamente, contiene la normativa básica sobre exploración, investigación y explotación de hidrocarburos, la ordenación del mercado de productos derivados del petróleo y, la ordenación del suministro de gases combustibles por canalización³¹⁹.

Este objetivo atañe directamente al sector del GN desde dos perspectivas. En primer lugar, porque por primera vez se ordena todo el ciclo de actividades del sector en un sólo cuerpo normativo, pese a que, por ciertas razones que se estudiarán más adelante, excluye del SG toda la primera fase relativa a la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos. La LSH establece la normativa general sobre las tres actividades citadas -Título II- y luego, distingue entre el régimen específico de ordenación del mercado de productos derivados del petróleo, dentro de los cuales ubica los gases licuados del petróleo -Título III-, y el régimen de ordenación del suministro de gases combustibles por canalización -Título IV-.

abierto un periodo de tres meses. El Anexo II de la citada Orden establece el contenido esquemático de la información requerida referente al desarrollo de la red básica de GN.

³¹⁹ En efecto, la LSH, reúne las regulaciones contenidas en las tres leyes que deroga: la Ley 21/1974, de 27 de junio, sobre investigación y explotación de los hidrocarburos, la Ley 10/1987, de 15 de junio, de disposiciones básicas para un desarrollo coordinado de actuaciones en materia de combustibles gaseosos; y, la Ley 34/1992, de 22 de diciembre, de ordenación del sector petrolero.

En segundo término, porque en el citado Título IV establece la normativa prácticamente exclusiva para el GN, aunque de aplicación también a otros gases combustibles canalizados. Lo cual, puede decirse, responde a una mejor sistemática que la seguida en las Leyes que la preceden.

b. Sobre la sistemática del Título IV de la LSH

En sentido contrario a lo que se acaba de señalar en el epígrafe anterior, hay que referirse a la sistemática del Título IV «Sistema del Gas Natural». La LSH en su versión originaria adolecía de un orden específico en cuanto a la estructuración del sistema, es decir, no se decantaba por un elemento en torno al cual estructurar el sistema y su regulación. Ninguno de sus tres elementos básicos -sujetos, actividades, instalaciones- constituía su eje central. Una primera lectura, dejaba la impresión de que el elemento central lo constituían las infraestructuras. De hecho, los sujetos se definían a partir de la posesión de éstas, quitando protagonismo al elemento subjetivo, excepto en el caso del comercializador, puesto que éste es el único sujeto que no posee instalaciones. Por otra parte, las actividades no están definidas en la LSH, (y aunque es una opción legítima, especialmente a efectos de flexibilidad y considerando la complejidad de la regulación), y tampoco se distinguió entre todas y cada una de las actividades que se pueden realizar en el sistema, sino que se agruparon en torno a un sujeto que, a su vez, se definía por la posesión de las instalaciones donde se realizan las actividades; aunque, en ciertos casos, se tratan de forma separada. De manera que, al analizar el sistema se echaba en falta un eje vertebrador que le diera absoluta coherencia. Queda la impresión de que el sistema básicamente reprodujo la situación existente en el momento de su promulgación, es decir, un único sujeto poseedor de la práctica totalidad de las instalaciones de la red básica y de transporte secundario, y que, consecuentemente, llevaba a cabo todas las actividades de la cadena del GN; y, unos sujetos dedicados a distribuir y suministrar el combustible.

Con el nuevo modelo, establecido por la Ley 12/2007 se opta por modificar la definición de los sujetos eliminando el vínculo relativo a la posesión de las instalaciones –cuestión que ya se había hecho en el RLSH- pero que no resuelve en todos sus términos la indefinición anterior, puesto que sigue habiendo referencias erróneas e

inconsistencias que son más notorias conforme se va detallando el régimen específico de cada uno de los elementos del sistema.

En definitiva, la inicial indefinición de la LSH en cuanto a aspectos básicos de su estructura, motivados, muy probablemente por la rapidez con la que se pretendieron realizar- ha provocado la vigencia de un régimen, incompleto confuso y que no necesariamente protege la seguridad jurídica en todos sus términos, especialmente desde la perspectiva del consumidor³²⁰.

3. Las técnicas de introducción de competencia integradas por la LSH para el sector del gas natural. Sus principios rectores.

A. Planteamiento

Es claro que, el mero reconocimiento de la libre iniciativa empresarial no resulta por sí suficiente para que se genere un mercado en el cual rija la libre competencia. Es necesario desarrollar los mecanismos para su implantación y por lo tanto, crear la normativa específica a esos efectos³²¹. En ese sentido, las técnicas introducidas por la LSH, no son otras que las utilizadas en los distintos sectores liberalizados³²², cuyas

³²⁰ En este sentido, DURBAN ROMERO, R. ha señalado entre las causas negativas que han afectado el proceso liberalizador «La aplicación en la práctica de un marco regulatorio, que, aun disponiendo de medidas de potencia objetivas, como la separación jurídica de actividades reguladas y liberalizadas, no ha podido superar en algunas situaciones, los obstáculos aparecidos para un libre acceso de los consumidores y un funcionamiento competitivo de los mercados, bien por no disponer de un desarrollo normativo que haga frente a ciertas conductas de los operadores, bien por no emitir señales disuasorias para estas conductas, o bien por no haberse dotado de un sistema y medios de información del funcionamiento de los mercados lo suficientemente eficaces como ara realizar un seguimiento eficaz, percibir las carencias regulatorias, detectar con precisión conductas incorrectas de los operadores, y aplicar medidas correctivas con la necesaria agilidad y efectividad.» en, «*El proceso de ...*», op. cit., p. 303.

³²¹ En este sentido, MUÑOZ MACHADO, S., señala que dada la ruptura de la concepción orgánica del servicio público, siendo cada vez más habitual su gestión por privados, y el sometimiento de las servicios públicos económicos, con carácter general, al Derecho de la competencia, han determinado la necesidad de que los organismos comunitarios -Comisión Europea, con apoyo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia-: «hayan debido crear técnicas nuevas y desarrollar otras conocidas que permiten la intervención de los poderes públicos en las actividades de servicio público, para asegurar el correcto funcionamiento del mercado.» *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo I, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 1140.

³²² Sobre este tema, puede consultarse, entre otros: ARIÑO ORTIZ, G., *Derecho de la Competencia en sectores regulados*. Fusiones y adquisiciones control de empresas y poder político, COMARES, Granada, 2001, p. 13 ss; LAGUNA DE PAZ, J. C., «Nuevo marco jurídico de las Actividades liberalizadas», en *Nuevas perspectivas del Régimen Local, Estudios en Homenaje al Profesor José M^a Boquera Oliver*,

infraestructuras forman redes, tales como, electricidad, telecomunicaciones, hidrocarburos líquidos, con las especificidades propias de las características del GN. En éste como en los sectores mencionados continúan habiendo segmentos de actividad que mantienen su condición de monopolio natural, de ahí que, sea necesario introducir un cierto tipo de normativa que en los últimos años un sector de la doctrina ha calificado como «regulación para la competencia»³²³.

Consecuentemente, siguiendo los objetivos planteados, en la LSH, se introducen normas específicas relativas a la organización, control y supervisión del sector mediante las figuras jurídicas que van desde las más tradicionales, que en algunos casos se ven reforzadas; hasta las más novedosas cuya naturaleza jurídica aún está por definir. Sin ánimo de exhaustividad, se agrupan a continuación, con el único objetivo de introducir su significación a los efectos de este estudio, no sin antes realizar algunas consideraciones en torno a la denominada «regulación».

B. Algunas cuestiones en torno a la noción de «regulación»

En los últimos tiempos, la noción de regulación está siendo objeto de atención, ya que parece ampliar su alcance en el contexto de la liberalización de los servicios públicos económicos³²⁴. De ahí que sea necesario precisar, -aunque de manera breve, pues no es el objetivo principal de este estudio- algunas cuestiones relacionadas con la noción de regulación y sobre el propio término y su utilización, específicamente, a los efectos de este estudio.

Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 1339-1431; DE LA CRUZ FERRER, J., *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2001, p. 356; y, más específicamente, sobre su introducción en la LSH, NAVARRO, L., El desarrollo del Mercado gasista en la Ley del Sector de Hidrocarburos. Algunos comentarios, p. 59-64; LOBO, J., El nuevo mercado del gas: razones para una regulación en competencia, p. 81-86; ambos en *Economía Industrial*, núm. 321, Ministerio de Industria y Energía, 1998.

³²³ Vid., por todos, ARIÑO ORTIZ, G., *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 50.

³²⁴ Vid. TORNOS MAS, J., «La actividad de Regulación» en *La Administración en los umbrales del siglo XXI...*, op. cit., pp. 1329-1342.

En el nivel jurídico no había demasiada preocupación sobre su definición y alcance hasta que se plantean los procesos de liberalización y los llamados nuevos contornos de la economía³²⁵. Su utilización, en el ámbito jurídico, ha sido más o menos indiferenciada. En la propia exposición de motivos de la LSH se hace uso del término en diferentes momentos. En primer lugar para expresar los objetivos de la Ley: «Se pretende, por tanto, conseguir una *regulación* más abierta, en la que los poderes salvaguarden los intereses generales a través de la propia normativa (...) Esta *regulación* debe permitir, además, que la libre iniciativa empresarial amplíe su campo de actuación», y más adelante, refiriéndose específicamente al sector del gas: «La *regulación* del sector del gas trata de avanzar en la liberalización del sector (...); y, para referirse a la CNE: «(...) atribuir a un único órgano la *regulación* y vigilancia del mercado energético, para garantizar su transparencia».

No se aprecia en los textos transcritos un significado tecnificado que indique un contenido preciso del término, más bien, parece utilizado en su sentido general, amplio que se ajustaría a la definición de «regulación», es decir, la acción o efecto de «regular» que contiene el diccionario de la RAE: «ajustar el funcionamiento de un sistema a determinados fines». Lo que si es cierto es que, últimamente, se le atribuyen unos alcances más específicos, los cuales en el contexto de la liberalización de los mercados han servido para diferenciar esta forma de actuación y hasta puede decirse de «intervención administrativa»³²⁶ que, en la actualidad, se identifica o asimila, especialmente, con la existencia de las llamadas por la doctrina «comisiones reguladoras

³²⁵ Entre los trabajos publicados más recientemente interesa destacar: MALARET i GARCÍA, A., «Regulación económica: su instrumentación normativa (El lugar de la Ley en el Estado regulador, la experiencia reciente española» en *Derecho privado y Constitución*, núm. 17, enero-diciembre 2003; ESTEVE PARDO, J., *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 183; y TORNOS MAS, J., «La actividad de regulación» en *El Derecho Administrativo en el Umbral del siglo XXI, Libro homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, coord. Francisco Sosa Wagner, t. I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 1329-1342; DARNACULLETA i GARDELLA, *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 368 y ss.

³²⁶ Más cercano a la definición que ofrece LASHERAS, M. A., «la actividad de regulación es una forma de intervención pública que restringe, influye o condiciona las actuaciones de los agentes económicos y que obliga a que las empresas reguladas actúen de manera distinta a como actuarían si tal regulación no existiera», *La regulación...*, op. cit., p. 15.

independientes»³²⁷, o «autoridades reguladoras» como las denomina la Directiva del Gas, y las funciones que les han sido atribuidas.

Por tanto, se entiende que si bien la actividad regulatoria no es una novedad³²⁸, como se desprende de los textos transcritos, los fines de dicha actividad se han modificado, especialmente en cuanto a la posición que adopta el Estado en la misma, abandonando ciertas actuaciones directas en el sector y asumiendo un papel más asimilable al de un árbitro que debe vigilar el cumplimiento de las reglas. Y en ese entendido, dicha función se atribuye también a la CNE, a las llamadas «autoridades reguladoras». Se trata de una función que por imperativo de la Directivas debe atribuirse a «una autoridad competente, independiente de las partes» (art. 21.2 DMIGAS) o, como ha venido a enfatizar la Directiva del Gas, a «organismos competentes con la función de autoridades reguladoras totalmente independientes de los interesados del sector del gas. Se encargarán, (...) como mínimo, de garantizar la ausencia de discriminación, una auténtica competencia y un funcionamiento eficaz del mercado», atribuyéndole

³²⁷ A juicio de PARDO ESTEVE, J., «Un importante reajuste de las posiciones entre Estado y sociedad es la que se produce en torno a las llamadas Administraciones independientes. Como generalmente se reconoce, el objetivo común que con estas fórmulas organizativas se pretende es encomendar la regulación de ciertos sectores a unas instancias que, sobre todo por su configuración y composición, se consideran más idóneas para desarrollar una actividad neutral, con distancia o independencia respecto a la Administración ordinaria.» *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 46. De ese reajuste de las posiciones entre el estado y sociedad, se deriva la idea de autorregulación y su contenido, el cual se estudia detalladamente en la obra de DARNACULLETA I GARDELLA, M., *Autorregulación...*, op. cit., pp. 368.

³²⁸ En este sentido, MUÑOZ MACHADO, S., «(...) regular tampoco era, como tarea, una función antes de que se iniciaran los últimos movimientos de liberalización. El Estado propietario ha usado su propia posición dominante como fórmula para orientar los mercados o para condicionar o interferir su funcionamiento plenamente libre a las decisiones de los empresarios. Pero sobre todo, nunca ha abandonado la responsabilidad de dictar normas de carácter general, que ordenan la economía, establecer los parámetros de intervención de la Administración y los derechos y obligaciones de los operadores en los mercados. El legislador por ello ha ejercido siempre la tarea de regular.» *Tratado de Derecho...*, op. cit., p. 1172; y DARNACULLETA I GARDELLA, M., se refiere a la utilización del término regulación en el ámbito de la cibernética y la biología y señala que: «La traslación de este concepto a las ciencias sociales identifica la regulación por su contenido o por su finalidad. La regulación sería así, una actividad que tendría por función garantizar los equilibrios sociales. Esta finalidad es asumida como propia por los Estados y, de hecho, constituye el fin con base en el cual se justificó, en la teoría clásica, su existencia. Para llevar a cabo esta función garantizadora de los equilibrios sociales y, por ende, la seguridad interna del Estado, éste se dota de una serie de medios que conducen a la noción instrumental de regulación.» *Autorregulación y derecho...*, op. cit., p. 369. Para la Profa., MALARET, E.: «Una nueva intervención pública en la economía que ha supuesto la irrupción con fuerza también de una nueva expresión: regulación. Un término nuevo para denominar una nueva política», en «Administración Pública y regulación económica», Ponencia presentada en el II Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Santander, 2 de febrero de 2007, p. 1.

específicamente funciones de vigilancia, supervisión y control de determinados aspectos del funcionamiento del sector (art. 25 DG).

En consecuencia, con carácter general en este estudio se acoge el término regulación en su sentido más general apuntado antes, como la «actividad de intervención administrativa encaminada a garantizar el orden público o la seguridad de los ciudadanos, mediante instrumentos autoritarios o técnicas de policía»³²⁹, técnicas que incluyen la autorización, las inspecciones, la reglamentación y las sanciones administrativas, incluso podría decirse el «servicio de interés económico general», en sustitución del servicio público. Y en el que se engloba, la función atribuida a la CNE, de control constante, de vigilancia del cumplimiento de las reglas, de supervisión e inspección en un marco, previamente definido y delimitado legalmente.

Este uso genérico del término en la LSH ha sido corroborado por el llamado «nuevo modelo» establecido por la Ley 12/2007, cuyo artículo único.1 ha modificado el título y la redacción del artículo 3 de la LSH que ha pasado de denominarse «competencias administrativas» a «competencias de las autoridades reguladoras», englobando, también de algún modo, al Gobierno, la AGE y las CCAA, dentro de esta categoría³³⁰.

También se ha intentado definir negativamente el término es decir, discriminando lo que no es regulación. En este sentido, la doctrina parece coincidir en el hecho de que en el contexto actual, esta función no es sinónimo de aprobación o promulgación de normas por los Poderes legislativo o ejecutivo, como más tradicionalmente se concibe y de acuerdo con la cual, todas las técnicas de introducción de competencia, que se relacionan en los epígrafes posteriores, tienen el carácter de «regulación»³³¹.

³²⁹ DARNACULLETA I GARDELLA, M., *Autorregulación y derecho público...*, op. cit., p. 35.

³³⁰ En el transcurso de la tramitación del proyecto de LSH, ni en el Congreso ni en el Senado, hubo ninguna objeción, crítica o comentario al respecto.

³³¹ Que ciertamente se caracterizan en este caso por ser, como señala la profesora MALARET I GARCÍA, E., «(...) expresión de un determinado tipo de intervención estatal caracterizada por su finalidad, introducir el mercado cuando este falla, falla por razones estructurales –teorías de monopolio natural, bienes públicos, externalidades negativas...-o por razones de oportunidad o dicho de otra manera por consideraciones vinculadas a los requerimientos propios de la democracia o del bienestar; esta última

C. Las técnicas de introducción de competencia relaciona das con las infraestructuras.

En relación con las infraestructuras, por un lado, la LSH sustituye el régimen de habilitación dispuesto para el establecimiento en el sector estableciendo un título acorde con la liberalización y, por otro, introduce una técnica novedosa que impone el uso de terceros de las instalaciones de la red; y mantiene, aunque imprimiendo mayor fuerza, la técnica de planificación.

a. La sustitución del título habilitante

La LSH impone para los nuevos entrantes en el sector, un régimen de establecimiento y cese de las actividades, que básicamente implica la sustitución del título habilitante³³² característico de los sectores publicados, por uno más adecuado al nuevo marco regulatorio del sector. Aunque tal modificación aparece nominalmente clara y congruente, -concesión por autorización-, es necesario recordar que, en efecto, la distinción entre ambos regímenes es un tema tradicional de la doctrina, que se acentúa en la actualidad ante la aplicación de dichos instrumentos a nuevas realidades como las que surgen de los procesos de liberalización, y en este sentido, el sector del GN no es la excepción. De ahí que, como podrá comprobarse en el estudio en detalle del régimen de establecimiento, el sistema gasista no parece ser una excepción a lo que ocurre en otros sectores liberalizados donde la distinción entre uno y otro título es difusa³³³.

cuestión puede también expresarse como fallo por razones de equidad», en «Regulación económica...», op. cit., p. 337.

³³² Se utiliza la noción de título habilitante, para hacer referencia, en general, a toda la gama de posibles opciones a las que se puede acoger tanto el legislador comunitario como el nacional. De hecho, ARROYO JIMÉNEZ, L., ha señalado que este concepto, de acuerdo con su estudio, de reciente aparición en el derecho positivo: «no aparece de modo casual. Antes bien, lo hace para resolver una necesidad derivada de la extraordinaria heterogeneidad de estas figuras» que está llamada a cumplir una función «de carácter político vinculada al proceso de integración jurídica en Europa», *La libre empresa y los títulos habilitantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 308-309.

³³³ Esta situación ha sido puesta de manifiesto, para el sector de las telecomunicaciones, por el Prof. GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., «Infraestructuras de Telecomunicaciones y Corporaciones Locales» Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, p. 102-105.

Contrariamente a lo que sucedía antes de la liberalización y como consecuencia de la premisa inicial de que las actividades del sistema se ejercen en régimen de libre competencia, no se concede primero la actividad. Ello implica que el régimen de establecimiento está definido a partir de las infraestructuras, no obstante lo cual, las actividades han sido delimitadas a través del régimen de derechos y obligaciones de los sujetos actores. De ahí que, a efectos sistemáticos, se establezca en primer término, lo relativo a las infraestructuras que constituyen la base física imprescindible para la realización de las actividades, las cuales quedan autorizadas por la propia autorización de instalación. Ello implica que toda persona que cumpla los requisitos establecidos por la LSH y sus reglamentos de desarrollo, tendrá derecho a construir³³⁴ y explotar, así como a modificar o ampliar las instalaciones que conforman el sistema gasista, a partir de la obtención del título habilitante respectivo.

Por otra parte, la libertad de inversión, relativa a las actividades competitivas que aparece inherente a la de entrada o establecimiento está modulada por las características propias del sector, que tienen su reflejo en la subsistencia de otra técnica de intervención a la que ya se ha hecho referencia, igualmente avalada por la CE: la planificación administrativa, que en algunos aspectos, en el sector en estudio, tiene carácter obligatorio y de mínimo.

b. La separación de propiedad y la gestión y el uso de las infraestructuras. La reforma del régimen de ATR.

A los efectos de la adecuación de la regulación al nuevo régimen de competencia, en relación con las infraestructuras son necesarios, principalmente, dos cambios. La premisa inicial (dado que la LSH dispone la desaparición de la reversión de las instalaciones y por lo tanto, el hecho de que éstas se van a ir consolidando en manos

³³⁴ No hay que olvidar, de acuerdo con lo señalado en relación con la planificación del sector, que la libertad de inversión está condicionada por su adecuación a los instrumentos de planificación, que es uno de los aspectos que se revisa al momento de otorgar el título habilitante. En relación con el tema de la financiación de las obras: JIMÉNEZ DE CISNEROS, *Obras Públicas...*, op. cit., Montecorvo, Madrid, 1998. p. 319.

privadas³³⁵), es la adecuación a la LSH del régimen de acceso a las redes. Se trata de evitar una posición de dominio contraria al artículo 82 TCE. Los antecedentes del ATR, como quedó señalado en el capítulo anterior, se encuentran en tres Reales Decretos cuya incidencia en la liberalización efectiva del sector puede calificarse de mínima o nula³³⁶.

Se requiere, por tanto, la creación de un régimen que resulte coherente y adecuado a los términos de la LSH. Así, según se lee en la exposición de motivos de la LSH: «la separación entre la propiedad de la infraestructura de transporte y el servicio que dicha infraestructura presta y la progresividad en este proceso de separación son las dos herramientas (...) que la presente Ley utiliza para transformar el panorama de la industria del gas natural».

Dada la consideración de monopolio natural de las redes y por tanto, la irracionalidad, en el momento actual, de su duplicación por razones de diversa índole –económica, técnica, medioambiental-, se hace necesario crear los mecanismos adecuados para asegurar a los interesados el acceso a las mismas, ya que de lo contrario se impediría la entrada de nuevas empresas y, consecuentemente, la libertad de empresa. De ahí que, ésta ha sido una de las principales preocupaciones de la DMIGAS primero³³⁷, y de la Directiva del Gas después. Ambas contienen un capítulo específico referido a este tema.

³³⁵ Especialmente, en el sentido de su consideración de “obras públicas” a pesar de que su financiación sea privada. Vid. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F. J., *Obras públicas e iniciativa privada*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1998, pp. 297 y ss.

³³⁶ La normativa que regula el acceso de terceros a las instalaciones gasistas ha tenido una trayectoria peculiar, puesto que en primera instancia se reguló a través de un RD 2033/1996, pese a que aún estaba vigente la declaración de servicio público. En opinión de TRILLO-FIGUEROA, J., y DE BORJA LÓPEZ-JURADO, F., «se trata de una norma dictada en el ámbito de la potestad administrativa de organización discrecional del servicio público», en «Medidas de liberalización...», op. cit., p. 275. En ese momento, el entonces vigente artículo 164 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas disponía la posibilidad de «modificar por razones de interés público las características del servicio público cuya gestión fue contratada no teniendo el concesionario derecho a indemnización por razón de las modificaciones en el caso de que éstas carezcan de trascendencia económica», Aunque éste no era precisamente el caso. Seguidamente, se aprobó un nuevo RD 1914/1997, cuya vigencia trascendió la publicación de la LSH, hasta que finalmente el RD ATRSEI, establece un sistema de acceso con fundamento en la LSH.

³³⁷ En su día, GALLEGO ANABITARTE, A., y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., afirman que: «La regulación del acceso de terceros a las redes por la LSH parece cumplir satisfactoriamente las exigencias que sobre esta cuestión se derivan de los artículos 14 a 23 de (...) la Directiva 98/30/CE», en «La nueva regulación... », op. cit., p. 47.

La primera era más flexible en cuanto a la elección entre un sistema de acceso regulado y otro negociado. La segunda, se inclina más por la primera opción a excepción de lo que se refiere al acceso a los almacenamientos para cuyo caso considera con mayor énfasis ambas posibilidades, dada las condiciones de estas instalaciones (art. 19.3 y 4 DG).

En cualquier caso, ambos sistemas deben asegurar el acceso en condiciones no discriminatorias, transparentes y a precios razonables, basándose en tarifas publicadas, aplicables de forma objetiva.

Finalmente, a través de la configuración y puesta en vigor de un régimen de ATR en el marco de una Ley liberalizadora se dio inicio a un proceso caracterizado por la incertidumbre, un sistema de prueba y error, de lo que es reflejo la propia LSH, y que gradualmente ha ido ajustándose, prácticamente a golpe de circunstancia. Como se verá en el capítulo quinto de este estudio.

D. La separación de las actividades: funcional, jurídica, y contable y limitación accionarial.

La separación de actividades, o, si se prefiere la desintegración vertical de las mismas (el denominado «unbundling»³³⁸), persigue eliminar los incentivos de utilizar la información para perpetuar barreras de entrada a la red. Se trata precisamente de revertir el proceso que apenas siete años antes, en el Plan Energético Nacional 1991-2002, se consideraba la mejor opción para la competitividad: la organización de sus actividades de manera que se integrara verticalmente toda la cadena de valor del sector³³⁹, lo que les

³³⁸ Al respecto, ATIENZA SERNA, L., y DE QUINTO ROMERO, J., señalan enfáticamente que: «la segregación vertical (unbundling) de las redes de transporte y distribución respecto a las actividades comerciales (aprovisionamiento y venta a consumidores u otros comercializadores) es condición necesaria, aunque no suficiente, para el desarrollo de un mercado gasista, para garantizar la neutralidad y la no discriminación entre agentes gasistas de la gestión de las redes». *Regulación y competencia en el sector del gas natural en España. Balance y propuestas de reforma*, Documento de trabajo 55/2004, Fundación Alternativas, 2004, p. 59.

³³⁹ Al igual que en España, este fenómeno se observa en los distintos países Europeos, que también han construido una red inicial con capitales públicos, a través de concesiones a empresas constructoras que explotan el servicio en régimen de monopolio. En Francia, Gaz de France ha tenido el monopolio de la importación, transporte y distribución; desde la nacionalización de la actividad en 1946. En el Reino Unido, el desarrollo de la red se impulsó bajo la intervención pública de British Gas, que tuvo el

permitía, entre otras cuestiones, afrontar los grandes costes asociados a la inversión inicial en instalaciones. Sin embargo, con ello también se propiciaban algunas distorsiones, entre las más comunes, los subsidios cruzados, además de la consecuente falta de transparencia de la información sobre las diferentes actividades. En el sector del gas, a partir de la LSH, se introducen los cambios legislativos necesarios para inducir las transformaciones estructurales en las empresas, una vez que se ha distinguido entre las actividades que no tienen características propias de monopolio natural y, por lo tanto, con la capacidad para ser transformadas en actividades competitivas, o que, aún teniéndolas, son susceptibles de reorganizarse facilitando su apertura bajo ciertos regímenes de gestión previamente establecidos, todo ello, en general, debido a los constantes avances tecnológicos. De esta manera, se aumenta el número y sobre todo la calidad de la información que se solicita a los actores y se propicia la eliminación de distorsiones, lo cual entre otros aspectos, debe facilitar la labor del órgano encargado de su control y de la vigilancia del funcionamiento del mercado.

El presupuesto de esta desintegración vertical, sin embargo, es la distinción a la que se aludió, que permite separar las actividades que son potencialmente competitivas de las que no lo son, de lo que resulta la aplicación de un régimen jurídico distinto para cada una de ellas³⁴⁰. En el sector del GN, como se verá en detalle en el capítulo cuarto, inicialmente, el legislador estableció una separación jurídica entre las actividades reguladas -transporte y distribución- y libres –producción y comercialización, y reglas relativas a la separación contable. Posteriormente, se profundizó en la separación jurídica y en el caso del Gestor Técnico del Sistema, incluso accionarial. Finalmente, la Ley 12/2007, adapta la regulación relativa a la separación de actividades a lo establecido en la Directiva del Gas, «reforzando la independencia del Gestor Técnico del Sistema y (...) a las actividades de regasificación, transporte y almacenamiento de gas natural, exigiendo la separación jurídica y funcional de acuerdo con lo establecido

monopolio de la distribución y suministro hasta 1986. Sobre este tema, DEL GUAYO, I., *El Servicio Público...*, op. cit., pp. 94 y ss; LASHERAS, M. A., *La regulación...*, op. cit., p. 219; FERNÁNDEZ GARCÍA, J. J., *Definición del servicio...*, op. cit., pp. 20-35.

³⁴⁰ Al respecto, ARIÑO ORTIZ, G., LÓPEZ DE CASTRO, L., *El sistema...*, op. cit., pp. 496 y ss; FERNÁNDEZ GARCÍA, M. Y., *Estatuto Jurídico...*, op. cit., pp. 473-475.

en la citada Directiva». Con ese propósito según su exposición de motivos «se modifica el Capítulo II (...) redefiniendo las actividades de los diferentes sujetos que actúan en el sistema gasista, estableciendo una separación jurídica y funcional de las denominadas «actividades de red» de las actividades de producción y suministro, y eliminando la posible competencia entre los distribuidores y los comercializadores en el sector del suministro con la desaparición del sistema de tarifas y la creación de una tarifa de último recurso a la que podrán acogerse aquellos consumidores que se consideren en función de la situación y la evolución del mercado».

La efectiva separación de las actividades es uno de los principales obstáculos que ha encontrado la liberalización pues constituye el presupuesto básico para la salvaguardia de la competencia. Y en este sentido, las Directivas sólo exigen la separación contable y jurídica de las actividades, que no parece suficiente para alcanzar dicho objetivo, según lo ha puesto de manifiesto el Parlamento Europeo en su Resolución de 10 de julio de 2007, al señalar que: «la herramienta más eficaz para fomentar las inversiones en infraestructuras de una manera no discriminatoria, el acceso justo a la red de nuevos operadores y la transparencia del mercado» es la separación de la propiedad a nivel de transporte. Que es precisamente lo que se propone, aunque con alternativas, según los documentos preparatorios de modificación de la Directiva del Gas³⁴¹.

Adicionalmente, a través del RD- Ley 6/2000 se han impuesto limitaciones a la participación accionarial en las empresas, que constituye otra forma de separación jurídica establecida, en general, para sectores que antes se encontraban en régimen de monopolio.

E. La aparición de nuevos actores del sistema.

Así las cosas, para completar el panorama descrito en los epígrafes anteriores se requieren nuevos actores en el sistema que realicen las actividades en los espacios que se crean a partir de la delimitación de las actividades de transportistas y distribuidores.

³⁴¹ Propuesta que, de entrada, ha sido rechazada por Francia y Alemania, según la información publicada en los periódicos ABC «Francia y Alemania se plantan ante la CE y rechazan despiezar sus gigantes energéticos», p. 40 y El MUNDO «Francia y Alemania se oponen a desmembrar sus empresas energéticas como pretende Bruselas, p. 42, ambos de 4 de diciembre de 2007.

De esta manera, dos sujetos que vienen a cumplir estas funciones: el comercializador, y el gestor técnico del sistema.

El comercializador es el nuevo actor del sistema. Es la empresa cuyo único objeto social debe ser, precisamente, la actividad de comercialización³⁴² que se traduce, a grandes rasgos, en vender el GN a los consumidores, ya sea comprándolo a otro comercializador o directamente en origen a través de la utilización de las instalaciones de terceros. En términos generales, hay que señalar que están facultados para comprar y vender el GN sin necesidad de disponer de activos físicos. Además, se les exige mantener existencias mínimas y colaborar en la diversificación de los abastecimientos.

Y ante el planteamiento de un sistema de ATR se hace necesaria la introducción de un gestor técnico independiente, tanto de las redes de transporte como de distribución, de manera que la propia gestión de las redes no constituya una ventaja con relación a los demás actores del sector³⁴³. Este gestor por tanto, debe llevar a cabo su función bajo condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias. Actúa como coordinador del sistema y, consecuentemente, con ciertas potestades legal y reglamentariamente delimitadas. La Directiva del Gas establece la posibilidad de que exista un gestor de redes de transporte (art. 9), un gestor de redes de distribución (art. 11) o la explotación combinada por un gestor de ambas redes (art. 15) por un gestor que sea independiente, en cuanto a personalidad jurídica, organización y capacidad de decisión de las demás

³⁴² Esta actividad, según expone LASHERAS, M. A. «surgió como una actividad separada del transporte y la distribución en el Reino Unido y en Estados Unidos a finales de los ochenta. Los comercializadores al por mayor, si traducimos con esta palabra a actividad de los marketers, o traders, son empresas que adquieren y venden gas al por mayor en los mercados de contado y a plazo y ofrecen a los generadores de energía eléctrica que consumen GN o a otros consumidores de GN, la oportunidad de gestionar sus riesgos de precio mediante los diferentes contratos que ofrecen. Los riesgos quedan cubiertos mediante contratos de diversos tipos que resultan fáciles de negociar, dada la liquidez que aportan la pluralidad de agentes que participan en estos mercados (...) además para describir otra actividad que también se realiza en competencia: la comercialización al por menor, que incluye las actividades de facturación, servicio y atención al cliente doméstico o industrial. Los comercializadores al por menor utilizan los servicios de transportistas y distribuidores para la conducción del gas y pueden recurrir, como cualquier otro usuario de GN, a los marketers o traders para cubrir riesgos.», *La regulación económica...*, op. cit., pp. 219-220.

³⁴³ Sobre este tema, DE LA CRUZ FERRER, *Principios de Regulación Económica...*, op. cit., p. 249; FERNÁNDEZ GARCÍA, M. Y., *Estatuto jurídico de los servicios esenciales en red*, INAP, Madrid-Buenos Aires, 2003, pp. 461 y ss.

actividades no relacionadas con la explotación de la red de básica, de transporte y de distribución.

F. La creación del «ente regulador del sistema gasista»: la Comisión Nacional de la Energía.

La creación de un ente regulador del sistema es, podría decirse, la característica más representativa del nuevo «marco regulatorio» establecido por la LSH, pues sugiere la necesidad de un ente distinto del propio Estado para lograr el equilibrio. Este ente administrativo está directamente relacionado con el cambio regulatorio introducido por la citada ley.

A este cometido se dedica la DA Undécima de la LSH que dispone su creación «como ente regulador de los sistemas energéticos, teniendo por objeto velar por la competencia efectiva en los mismos y por la objetividad y transparencia de su funcionamiento, en beneficio de todos los sujetos que operan en dichos sistemas y de los consumidores». Éste es sin duda un órgano esencial especialmente en esta etapa de transición de un régimen de mercado a otro. Como es bien sabido, la CNE ha sido clasificada dentro de las llamadas administraciones independientes, no obstante lo cual, existen dudas sobre si su configuración actual y sus funciones son acordes con el propósito para el que ha sido creado. Al respecto, la doctrina ha realizado importantes críticas³⁴⁴.

³⁴⁴ Sirvan de ejemplo las realizadas por ANABITARTE GALLEGO, A., «la *Comisión Nacional de Energía* (...) está lejos de estar configurada como estas novedosas administraciones independientes, y más bien estamos ante un órgano (organismo con personalidad jurídica) desconcentrado del Ministerio, aunque tenga personalidad jurídica y patrimonio propio», en «El sector del gas...», op. cit., p. 35; por su parte, ARIÑO ORTIZ, G. «La CNE sigue sin configurarse como el ente regulador independiente, necesario para regular y supervisar los nuevos mercados energéticos. Sus competencias –al igual que las de la suprimida Comisión Nacional del Sistema Eléctrico– no son reguladoras, sino consultivas, arbitrales, una genérica función de velar por la competencia (...) tampoco tiene un estatuto que garantice su independencia política...», *Principios...*, op. cit., p. 700; y ORTEGA MARÍN, E., «Las funciones que tiene atribuidas la Comisión Nacional de Energía posee, básicamente, carácter consultivo, de propuesta e informe, de comunicación de hechos (por ejemplo en el ámbito de la libre competencia), de iniciación e instrucción –pero nunca de resolución– de expedientes sancionadores, de recabado de información y de autoorganización. Por tanto, como se ve, todas ellas funciones de cierto tono menor que impiden conferirle la condición de Ente Regulador en la plenitud del término», «Energía eléctrica y energía nuclear», en *Derecho Administrativo Económico, Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo del Poder Judicial, XII-2000, Madrid, 2000, p. 106.

En el caso del sector energético, y específicamente del sector del gas, la necesidad de crear un ente regulador independiente surge de la exigencia de separar al ente que impone las reglas que deben seguir aquéllos que tienen algún interés en el sector de los propios participantes, en términos actuales, al regulador del regulado. Ello pese a que el Estado, en el sector en estudio, ha decidido privatizar las empresas con mayor peso, dejando de tener presencia mayoritaria como actor en el sistema, de donde podría deducirse que no es necesario que cree un «ente independiente», ya que al no tener participación en el sistema podría imponer las reglas del mismo. Pero ello tampoco sería correcto pues, se trata de mantener una independencia que va más allá de esa participación activa. Se intenta excluir su participación pasiva, entendiendo ésta como la que podría ejercer aún no siendo un sujeto actor del sistema sino, por el mero hecho de –como Administración- estar sujeta a la dirección del Gobierno (art. 97 y 103 CE) y por lo tanto, no poder ser caracterizada como neutral. Ciertamente, las administraciones independientes suelen tener cabida en ámbitos en los que la relación entre el Estado y la sociedad se plantea, no en pocos casos, conflictiva³⁴⁵. Tal es el caso de la actividad económica y financiera. Se intenta crear un ámbito intermedio de actuación, entre el concebido por el Estado Liberal y el Estado social³⁴⁶.

Otro aspecto importante habría que añadir a la necesidad de un ente neutral, se trata de otra de las características por las que se suele identificar a estas autoridades independientes, y es la especialización técnica y la experiencia en la materia³⁴⁷. Pues normalmente se trata de sistemas complejos donde se requiere un nivel de rigor técnico

³⁴⁵ Como destaca: MALARET i GARCÍA, E., «razones de eficiencia, pero sobre todo de garantía, presiden la creación de estas instituciones. Se trata de sectores donde la confrontación entre los derechos privados vinculados a la iniciativa económica, las libertades fundamentales y los intereses protegidos por el ordenamiento es particularmente compleja», «La Comisión Nacional del mercado de Valores. (Una aproximación a su configuración institucional)», *REDA*, num. 76, 1992, p. 559.

³⁴⁶ Sobre este tema, ESTEVE PARDO, J., «(...) esa relación entre Estado y sociedad en este frente se recompone: no es la Administración ordinaria la que asume el protagonismo interventor sino que se configura como una instancia que se quiere neutral, la CMNV, pretendidamente equidistante entre el Gobierno y los agentes económicos regula así el eje mismo del mercado, su sistema financiero. Su neutralidad su ubicación en esa reconstituida línea de frontera entre Estado y Sociedad, es uno de los aspectos más unánimemente reivindicados.» *Autorregulación...*, op. cit., p. 48.

³⁴⁷ En opinión de, ESTEVE PARDO, J., La complejidad técnica, es un espacio propicio para la autorregulación, *Autorregulación...*, op. cit., pp. 50-51. Esta cuestión se aborda al estudiar las funciones de ENAGAS.

difícilmente exigible de la AGE. Y donde las decisiones requieren mayor estabilidad y continuidad que la propia de un Gobierno³⁴⁸.

G. Un nuevo régimen económico. El término de conexión y seguridad

En relación con el régimen económico, como era previsible, el objetivo último de la LSH es la liberalización total de las tarifas del GN y de los peajes y cánones por la retribución de las actividades realizadas en el sector y el uso de las instalaciones gasistas. No obstante, mientras las condiciones del mercado no sean adecuadas, según lo considere el Gobierno de acuerdo con el artículo 97 de la LSH, su fijación continúa siendo realizada por éste. Esto implica que mientras no se complete la transición al régimen de libre competencia, el régimen de precios y tarifas formulado por el Gobierno continúa siendo determinante en el sistema, pues a través de éste se establecen los precios de los cánones de uso de las instalaciones de terceros, así como los costes atribuidos a cada una de las actividades.

Por otra parte, en cuanto se refiere a la extinción de las concesiones y la reversión de las instalaciones, la DT sexta de la LSH dispone el régimen transitorio aplicable. Los plazos de este régimen ya se han cumplido, pero ni siquiera fue necesario llegar a ellos por las razones que se exponen a continuación.

De acuerdo con esta DT sexta «Hasta el 1 de enero del año 2005, las tarifas, peajes y cánones regulados en el LSH, incluirán un término de conexión y seguridad del sistema³⁴⁹, que será satisfecho por todos los consumidores de gas natural³⁵⁰». El

³⁴⁸ Vid. VIRGALA FORURIA, E., *La Constitución y las Comisiones reguladoras de los servicios de red*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2004, pp.201 y ss.

³⁴⁹ Este término de conexión y seguridad se asimila a los llamados «costes de transición a la competencia» o «costes hundidos» establecidos en el caso de las empresas eléctricas. Sin embargo, en el sector del GN no ha tenido tanta trascendencia. Originalmente en la LSH se estableció por 10 años, es decir, hasta el 9 de octubre de 2008, posteriormente se redujo a través de la modificación introducida por el artículo 12 del RD-L 6/2000. «Cuando se habla de costes de transición a la competencia se hace referencia a costes hundidos en el sentido de irrecuperables en situaciones de competencia y que, en algunos casos, son retribuidos y compensados de acuerdo con el marco regulador» BORJA LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F. «Presupuestos de la regulación...», op. cit., pp. 824-825.

³⁵⁰ El texto original del artículo 96 de la LSH relativo al cobro y liquidación de las tarifas, peajes y cánones establecía. «los consumidores cualificados deberán abonar entre otros «los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento, en su caso, en la proporción que les corresponda». En

objetivo de éste era asegurar una rentabilidad razonable a aquellas inversiones en instalaciones de la red básica y de transporte secundario, destinadas a dotar de la adecuada seguridad al sistema de GN, que hubiesen sido objeto de concesión antes de la entrada en vigor de la LSH. Es decir, pretende compensar a los operadores históricos por los posibles perjuicios derivados de la liberalización. Las redes de distribución no estaban incluidas, para éstas la LSH dispuso otro régimen transitorio según el cual se mantenía el derecho exclusivo de los distribuidores para la construcción de sus instalaciones.

Por su parte el RD ATRSEI, en su DT segunda señala: «Aquellas instalaciones destinadas a dotar de la adecuada seguridad al sistema del gas natural que hubiesen sido objeto de concesión, antes de la entrada en vigor de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, tendrán el tratamiento recogido en la disposición transitoria sexta de la citada Ley, en el cálculo de la retribución a las instalaciones de transporte». Finalmente, el artículo 19 de la Orden ECO/31/2002 dispone: «El tratamiento recogido en la disposición transitoria Sexta de la Ley 34/1998, de 7 de octubre y la Disposición Transitoria Segunda del Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto, para las instalaciones destinadas a dotar de la adecuada seguridad al sistema que hubieran sido objeto de concesión, está incluido en el cálculo de la retribución de las actividades de regasificación, transporte y almacenamiento desarrollado en la presente Orden»³⁵¹.

Si bien al momento de promulgación de la LSH se consideró necesario incluir una compensación a los operadores históricos, y se estableció para ello un plazo de 10 años, una vez desarrollado el régimen económico de las actividades reguladas, éste se incorpora al mismo y desaparece la necesidad de una regulación específica al respecto³⁵².

opinión de Del GUAYO, el término de conexión y seguridad estaba establecido inicialmente sólo para este sujeto, en el referido coste de seguridad.

³⁵¹ En iguales términos se reguló también en el art. 19 de la Orden ECO/31/2004, de 15 de enero.

³⁵² Este término de conexión y seguridad ha sido asimilado a los llamados «costes de transición a la competencia» del sector eléctrico. Sobre este tema, GÓMEZ-FERRER, RINCÓN, R., *La transición a la competencia: sus costes y sus posibles compensaciones. Un estudio crítico*, Ed. Marcial Pons-INAP, Madrid, 2003, p. 428.

La Ley 12/2007 ajusta el régimen económico del sector a la nueva situación en la que los sujetos titulares de las instalaciones se dedican estrictamente a realizar sus funciones en calidad de tales, transportista y distribuidor y son retribuidos por dichas actividades.

4. El punto de partida y el calendario de la liberalización. La situación de los consumidores.

A efecto de tener mayor claridad al estudiar el régimen jurídico del sistema es oportuno echar una mirada al futuro que permita distinguir el actual estado de cosas y la situación a la que se tiende.

Con respecto a la situación de partida, ya se ha hecho referencia, en el capítulo anterior, a la estructura empresarial del sector en el momento de promulgación de la LSH. Baste con recordar que se trata de un sector³⁵³, diseñado para funcionar bajo parámetros de monopolio, en donde los consumidores, en su mayoría, son suministrados por los distribuidores.

El fin último de la LSH es un sistema gasista regido por la libre competencia, que como es bien sabido nunca será perfecta y, por tanto, siempre requerirá de la regulación necesaria para crear las condiciones de mercado que no se den espontáneamente, con el objetivo último de prestar el servicio de interés económico general. En tal sistema todos los consumidores tendrán derecho a elegir el proveedor de GN que deseen, de entre una serie de posibilidades que deberán hacer efectivas los comercializadores, quienes a su vez, podrán cumplir este cometido gracias al sistema de ATR que les asegura la posibilidad de utilizar las instalaciones de las redes, tanto de transporte como de distribución, en condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias. O bien, caso de los antes denominados consumidores cualificados, ahora de los CDM, podrán importar el combustible o comprarlo directamente al sujeto poseedor de la concesión de explotación, en caso de un yacimiento nacional; y en donde, tanto el transportista como

³⁵³ Durante los últimos años, hasta la entrada en vigor de la LSH, es decir bajo la Ley 10/87, la cadena de valor del gas natural en España, en términos generales puede resumirse así: el aprovisionamiento y la producción estaban en manos del Grupo Gas Natural (100%), la actividad de transporte, del Grupo Gas Natural a través de ENAGAS (84%), Catalana de Gas (8%), Gas de Euskadi (8%), la distribución a cargo del Grupo Gas Natural (90%), Grupo EVE (6%), Gas de Asturias (2%), Gas de Aragón (1,5%) y otras.

el distribuidor, cumplirán exclusivamente la función de conducir el GN de un punto a otro por los gasoductos a los distintos niveles de presión.

Se pretende avanzar hacia un régimen de competencia en el que habrá actividades que, mientras mantengan su condición de monopolio natural, estarán detalladamente reguladas, precisamente, a los efectos de propiciar el mayor grado de competencia posible en la realización del servicio de interés económico general.

Así las cosas, inicialmente la LSH creó un régimen que llevaba implícita la característica de transitoriedad, pues debía impulsar una transformación gradual de un mercado a otro que no era posible realizar con el modelo inicialmente estipulado. El modelo primigenio establecía dos tipos de mercados, o «dos circuitos económicos»³⁵⁴: el mercado regulado o a tarifa y el mercado libre o liberalizado.

La reforma introducida por la Ley 12/2007 plantea un «nuevo modelo» con una vocación de mayor permanencia en el tiempo, pues el esquema de funcionamiento se adapta mejor, al menos en principio, a los propósitos del mercado en régimen de libre competencia que se pretende crear. De hecho, desaparece la segmentación del mercado y se configura un único mercado liberalizado. No obstante, el establecimiento de la tarifa de último recurso que viene, en alguna medida a sustituir la tarifa tradicional con ciertas especificidades referidas al nivel del consumo. En este nuevo esquema, se distinguen los CDM, los consumidores de último recurso y el resto de consumidores que no se ubican en ninguna de las dos categorías que se denominan simplemente «consumidores finales». De manera que, dependiendo del tipo de mercado en el que actúe cada sujeto, debe asumir determinadas obligaciones y tendrá los derechos correlativos.

³⁵⁴ Vid. ATIENZA SERNA, L., Y DE QUINTO ROMERO, *Regulación y Competencia en el sector del gas natural en España. Balance y propuestas de reforma*. Fundación Alternativas, p. 43.

A. Los llamados «mercado regulado o a tarifa» y «mercado en régimen de libre competencia o liberalizado»

En una primera fase, dado que la infraestructura es la base física imprescindible para la realización de las actividades y que los propietarios de ésta son los distribuidores y los transportistas –incluida ENAGAS, S.A.–, la actuación de dichos sujetos ha estado regida por dos regímenes distintos que coexisten, según el tipo de mercado en el que actúen.

En el mercado regulado se ha mantenido, podría decirse, la relación tradicional en donde la relación final se establece entre el distribuidor-suministrador y el consumidor. Así, la principal característica del mercado regulado es la existencia de una tarifa establecida por el Gobierno. Este mercado, como se mencionó, reproduce básicamente, las condiciones tradicionales del servicio de suministro de GN.

En el mercado liberalizado, los transportistas y distribuidores deben realizar sus actividades, básicamente, con arreglo al estatuto creado para el régimen de acceso de terceros a las redes (ATR). Actúan como gestores de las redes que hacen posible el tránsito del combustible. Este mercado es atendido por los comercializadores, o bien, el consumidor realiza la compra directa o importación del gas y contrata el uso de las infraestructuras respectivas pagando los peajes y cánones fijados.

Con el nuevo modelo, establecido por la Ley 12/2007, desaparece la segmentación del mercado y se crea un único mercado liberalizado en el que todos los consumidores son atendidos por los comercializadores. No obstante, subsiste la creación de la tarifa de último recurso³⁵⁵, que pasa a ser la tarifa «refugio», como se ha denominado.

B. La situación de los consumidores.

La situación anterior genera, a su vez, modificaciones desde la perspectiva de los consumidores. En una primera etapa, la LSH otorgó a determinados consumidores la posibilidad de contratar la compra del gas con un sujeto distinto del que hasta su entrada

³⁵⁵ Como pone de manifiesto el Prof. BACIGALUPO SAGESSE, M., «-a modo de garantía de servicio universal-», en «La regulación de los sectores energéticos» en Cuadernos de Energía, núm. 18, 2007, p. 35.

en vigencia era el único que podía proveerlos del combustible, es decir, el distribuidor que poseía la concesión de distribución y suministro en la zona donde éste estaba ubicado. De esta manera, la LSH, no sólo abre el espacio para la actuación de los comercializadores, que a través de la obtención de una autorización de actividad quedan habilitados para contratar la utilización de las instalaciones de los otros sujetos del sistema y vender gas a consumidores finales, o a otros comercializadores, sino que permite la importación del GN al propio consumidor. Pero, tal posibilidad, por sí sola, no dinamizaría el mercado, pues no es sencillo promover la movilidad de los consumidores dada la alta fidelización de los mismos en los mercados monopólicos tradicionales. Ha sido necesario introducir incentivos para promover dicha movilidad.

Consecuentemente, se le otorgaron ciertos derechos para cambiar de un mercado a otro, lo que se ha denominado «derecho de elegibilidad». La posibilidad se determina, básicamente, a partir del cumplimiento de determinadas condiciones de consumo mínimo establecidas en la DT quinta de la LSH. La citada DT inicialmente determinó que a partir del 1 de enero del año 2013 todos los consumidores, independientemente de su nivel de consumo, tendrían la consideración de cualificados. Sin embargo, la mencionada DT quinta ha sido revisada en varias ocasiones, adelantando el calendario previsto y reduciendo el nivel de consumo a tal punto que, a partir del 1 de enero de 2003, todos los consumidores tienen ya esa calidad de cualificados³⁵⁶. En este sentido, la LSH se adelanta, incluso, a lo establecido en la Directiva del Gas y a la Directiva que la revisa y deroga que establece como fecha límite, el 1 de julio de 2007, para otorgar dicha calificación a todos los consumidores³⁵⁷.

³⁵⁶ Finalmente, después de modificaciones sucesivas realizadas por el art. 108.4 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre; el artículo 4.1 del RD-L 6/1999, de 16 de abril; art. 11 del RD-Ley 6/2000 de 23 de junio; y, art. 93.2 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, el RD-L 5/2005, de 11 de marzo, en su DD única deroga esta disposición. En todo caso, de acuerdo con la memoria de la CNE 2000: «todos los niveles de elegibilidad han sido superiores a los umbrales mínimos requeridos por la Directiva 98/30/CE.» E incluso superan las previsiones establecidas en la Directiva 2003/55/CE, que la deroga.

³⁵⁷ De acuerdo con el artículo 23 de la Directiva 2003/55/CE, «Los Estados miembros garantizarán que los clientes cualificados sean: «a) hasta el 1 de julio de 2004, los clientes cualificados mencionados en el artículo 18 de la Directiva 98/30/CE (...); b) a partir del 1 de julio de 2004, a más tardar, todos los clientes no domésticos; c) a partir del 1 de julio de 2007, todos los clientes.»

De manera que, se les permite permanecer en el mercado a tarifa, pasar a suministrarse a través de un comercializador y continuar su relación con éste o, una vez que ha ejercido su derecho de cambio al mercado liberalizado, se le permite retornar a su calidad de consumidor no cualificado. Esta libertad pretende permitir al consumidor nuevas posibilidades de contratación más ajustadas a sus necesidades.

La situación descrita generaba la existencia de diversos tipos de consumidores. Se denominaba consumidores no cualificados a los que adquirían el gas a los distribuidores en régimen de tarifas fijadas reglamentariamente por el Gobierno. También denominados clientes a tarifa. Su situación en relación con el sujeto que les provee el GN continúa siendo prácticamente la misma que hasta antes de la entrada en vigor de la LSH. Entre los consumidores no cualificados también podía encontrarse algún consumidor que aún cuando alcanza el nivel mínimo de consumo establecido, ejerce el derecho que le otorga la LSH de mantenerse en el régimen de consumo a tarifa. Por otro lado, estaban los consumidores cualificados, que eran todos aquellos que cumplían las condiciones de consumo según el calendario establecido en la DT quinta.

En el nuevo esquema planteado por la Ley 12/2007 todos los consumidores se consideran dentro del mercado liberalizado. Todos son consumidores finales pero se distinguen por un lado, los CDM, y por otro, los consumidores de último recurso.

En cualquier caso, las previsiones de la LSH no parecen haber sido dispuestas para un proceso tan acelerado como el que se ha llevado a cabo y aunque se han intentado integrar y resolver algunas situaciones problemáticas a través de diversas reformas, así como mediante las disposiciones reglamentarias, en algunos casos, tales cambios pueden considerarse causa de ciertos perjuicios para el consumidor, como se verá.

5. Consideraciones sobre las reformas realizadas a la LSH y las remisiones reglamentarias y los instrumentos normativos utilizados para su adopción

Efectivamente, la LSH promulgada originalmente, contenía las líneas generales de las pretendidas transformaciones del sector, no obstante, algunos aspectos específicos fundamentales para la transformación del mismo se dejaron sin definir. Sus objetivos eran ambiciosos, especialmente considerando la estructura del sector en el momento de su promulgación y teniendo en cuenta que las modificaciones requeridas eran muy

profundas. De ahí que, casi tres años después de su publicación, prácticamente no se había producido ningún cambio.

El régimen que actualmente regula el sector es el resultado de diversas reformas que, a cuenta gotas, han ido propiciando las transformaciones necesarias para la introducción de competencia en el sector, sin que se obvие que un proceso de estas características requiere un periodo de tiempo largo para poder concretarse. Como ya se ha podido observar en algunos casos, el texto actual de la LSH dista del aprobado originariamente, pues ha sido objeto de una numerosa y sustancial reforma³⁵⁸. Las más destacables, ciertamente, en lo referido a la ordenación del suministro de gases combustibles por canalización y especialmente en aspectos relacionados con la gestión del sistema del GN. Esta situación refleja la rápida transformación a la que se ha pretendido someter este sector, pero que finalmente ha llevado el ritmo que ha impuesto el propio proceso y que caracteriza los cambios de esta envergadura. De esta manera, el régimen transitorio también se ha ido adecuando según los avances en el proceso de apertura del sector a los nuevos escenarios que el mismo va generando. Hay casos en los que, sin embargo, no resulta justificable la forma cómo se han introducido algunas modificaciones, especialmente considerando que los plazos impuestos por las Directivas son, con diferencia, más amplios que los asumidos por la LSH. Por intentar una LSH liberalizadora sin considerar, en sus justos términos (o al menos así lo parece), un proceso amplio de transición, se promulgó una ley con muchos vacíos, que se ha ido integrando a base de reformas introducidas mediante Reales Decretos-Leyes o, a través de las afortunadamente, y en principio, desaparecidos por el bien de la seguridad jurídica «Leyes de medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.» Ambos instrumentos jurídicos legítimos, pero dispuestos con límites muy precisos que además han sido desarrollados e interpretados no sólo por la doctrina³⁵⁹, sino por la

³⁵⁸ ARIÑO ORTIZ, G., y DEL GUAYO CASTIELLA, I., hablan, un año después de su promulgación, de una “parcial derogación”, y ello cuando aún estaban por llegar las principales modificaciones. En «La regulación de las actividades gasistas», *Documentación Administrativa*, num. 256, enero-abril 2000, pp. 95-144. Lo cual como ha señalado DEL GUAYO, I. «genera dudas sobre la ponderación ejercitada en el trámite de aprobación parlamentaria» en *El sistema gasista...*, op. cit. p. 61.

³⁵⁹ Vid, por todos, la crítica que en este sentido realiza FERNÁNDEZ FARRERES, G., sobre la duda que el RD-Ley 7/1996 y su acomodo al «presupuesto de hecho habilitante de estos instrumentos normativos la «extraordinaria y urgente necesidad»» donde expone la doctrina del Tribunal Constitucional y remite a la extensa bibliografía sobre el tema. «Medidas urgentes para la liberalización y fomento de la economía:

jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y que en este caso, tan sólo su cantidad, como se podrá observar a continuación y su cercanía en el tiempo, hace que surjan dudas sobre su correcta utilización³⁶⁰.

En términos generales, las principales modificaciones han sido introducidas mediante las siguientes normas: la primera de ellas, apenas tres meses después de su aprobación, la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (en adelante, Ley 50/1998). Mediante su artículo 108 introduce una modificación referida a las tarifas de combustibles gaseosos. Seguidamente, a través de normas tramitadas con carácter de «urgentes»: el Real Decreto-Ley 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e incremento de la Competencia (en adelante, RD-L 6/1999), que adelanta el calendario fijado para la obtención de la consideración de consumidor cualificado y el RD-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios (en adelante, RD-Ley 6/2000), que realiza una profunda reforma de la LSH, introduciendo modificaciones «encaminadas fundamentalmente a facilitar la entrada de nuevos comercializadores, a mejorar la gestión técnica del sistema y a acelerar el calendario de la liberalización». Posteriormente, la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas Fiscales, administrativas y del Orden Social, (en adelante, Ley 53/2002), inserta una modificación en lo relativo a la entidad encargada de fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones de mantenimiento de existencias estratégicas del combustible, así como una nueva modificación a la DT quinta. Todas las modificaciones introducidas por las normas enumeradas se irán estudiando en detalle oportunamente.

Por otro lado, la LSH estipula una nutrida cantidad de remisiones reglamentarias³⁶¹, cuestión que acentuaba la inicial indefinición de aspectos propios del funcionamiento

defensa de la competencia, precios y servicios municipales» en *Reforma y liberalización económica. Los Decretos-Leyes de junio de 1996*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 215 y ss.

³⁶⁰ Con la consecuencia que en el fondo se desprende, al distorsionarse el presupuesto de hecho habilitante y que resulta más grave, del traslado del poder legislativo a un órgano distinto del que lo tiene atribuido constitucionalmente.

³⁶¹ Se pueden contar alrededor de 45 remisiones reglamentarias, sólo en el Título IV. Contrario a lo que debería ser, como señala, REBOLLO PUIG, M «En una superficie que el legislador ha cubierto íntegramente, al reglamento no le corresponden otras extensiones, sino dar profundidad, volumen, grosor,

del sistema del GN, de significativa relevancia como lo es la gestión técnica del mismo. La Ley se ha desarrollado, básicamente, a través de dos reglamentos. El primero se promulgó, casi tres años después: el RD 949/2001, por el que se regula el acceso de terceros a las instalaciones gasistas y se establece un sistema económico integrado del sector del gas natural. Si bien, desarrolla tres temas fundamentales, el sistema de ATR y el régimen económico, el sistema continúa incompleto, puesto que a su vez de él se hace depender el desarrollo de otros temas. Este decreto se completó en algunos aspectos a través de tres órdenes ministeriales. De entre las que por su importancia para el funcionamiento del sector y por su vocación de permanencia deben destacarse la OM ITC/3126/2005, de 5 de octubre, por la que se aprueban las normas de gestión técnica del sistema gasista. Esta Orden autoriza a la DGPEM para aprobar y modificar, los protocolos de detalle de las NGTS y demás requisitos, reglas, documentos y procedimientos de operación establecidos para permitir el correcto funcionamiento del sistema (DF primera).

El RD 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural, que desarrolla los procedimientos de autorización de instalaciones y actividad, así como todo lo relativo a las actividades del sistema.

Por otra parte, el Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2005, aprobó un Acuerdo por el que se adoptan mandatos para poner en marcha medidas de impulso a la productividad, cuya publicación fue ordenada por la Resolución de 1 de abril de 2005, entre los cuales se establece uno dirigido al Ministerio de Industria Turismo y Comercio para que presente un proyecto de reforma de aspectos específicos de los Reales Decretos citados antes, especialmente relacionados con situaciones fácticas que se han ido detectando en las prácticas del sector y que requieren cierta corrección. Dicho mandato se tradujo en el Real Decreto 942/2005, de 29 de julio, por el que se modifican determinadas disposiciones en materia de hidrocarburos (en adelante, RD 942/2005).

si se quiere decir así, a esa superficie.», en «Juridicidad, legalidad y reserva de Ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno», *RAP*, núm. 125, 1991, pp. 139-140.

Específicamente, sobre la actividad de distribución, el Real Decreto 919/2006, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento Técnico de distribución y utilización de combustibles gaseosos y sus instrucciones técnicas complementarias ICG 1 a 11 (en adelante, RTAD) que finalmente ha derogado casi en su totalidad el Reglamento de 1973.

Adicionalmente no hay que olvidar que la regulación establecida en materia de gas está influida de manera indirecta por la normativa comunitaria que ha sido establecida en otras materias, como la seguridad del suministro, el medio ambiente o normas impositivas, por citar algunos ejemplos. Se observa en el nivel comunitario una situación análoga a la nacional, en donde otros valores contemplados y protegidos constitucionalmente limitan los derechos y deberes. En este sentido, el Real Decreto 1716/2004, de 23 de julio, por el que se regula la obligación de mantenimiento de existencias mínimas de seguridad, la diversificación de abastecimiento de gas natural y la corporación de reservas estratégicas de productos petrolíferos (en adelante, RD 1716/2004). Este RD además, contiene normas que modifican tanto el RD ATRSEI como el RLSH.

Para terminar con el desarrollo reglamentario hay que citar el RD 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía (en adelante, RCNE).

Por su cercanía temporal, y por ser las últimas reformas introducidas, hay que destacar el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública (en adelante, RD-L 5/2005) y la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad (en adelante Ley, 24/2005), cuya sección IV introduce importantes modificaciones al régimen de las tarifas peajes y cánones aplicado al sistema gasista. Finalmente, el Real Decreto-Ley 4/2006, de 24 de febrero, por el que se modifican las funciones de la Comisión Nacional de Energía (en adelante, RD-L 4/2006).

Finalmente, la Ley 12/2007, de 2 julio, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para

el mercado interior del gas natural, es la que ha introducido la reforma más profunda a la LSH, como ya se adelantó en los epígrafes anteriores.

En otro orden de cosas, debe señalarse que la LSH hace referencia al Ministerio de Industria y Energía como el encargado de todo lo relacionado con el sector de los hidrocarburos. Sin embargo, de acuerdo con sucesivas modificaciones de organización general del Estado, el Ministerio que actualmente tiene atribuida dicha función, es el Ministerio de Industria Turismo y Comercio, a través de la Secretaría General de Energía, más específicamente de la Dirección General de Política energética y minas, y la Subdirección General de Hidrocarburos³⁶². No obstante lo anterior, esta es la tercera vez, desde que se promulgó la LSH, que se cambia el Ministerio al cual se otorga esta competencia. De ahí que, a efectos de mayor claridad, se opta por hacer referencia simplemente al «Ministerio», o al MITC, realizando la sustitución correspondiente al respectivo Ministerio que tenía atribuida la competencia en la materia en el momento de la actuación respectiva.

³⁶² Según el RD 553/2004, de 17 de abril, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales que suprimió el MINECO del que es sucesor según la anterior modificación establecida mediante RD 1371/2000, de 19 de julio, por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Economía y el RD 557/2000, de 27 de abril, de reestructuración de los departamentos ministeriales.

CAPÍTULO TERCERO.

EL REGIMEN DE ESTABLECIMIENTO Y DE CESE DE ACTIVIDADES EN EL SECTOR GASISTA

I. Introducción.

Según se señaló de manera general en el capítulo anterior, consecuentemente con la desaparición de la reserva al Estado de la titularidad sobre el servicio público de suministro de gases combustibles por canalización, se opera una modificación en el régimen de establecimiento en el sector encaminada hacia una apertura que asegure el ejercicio de la libre competencia en el mismo, en el marco de la LSH. El objetivo general de este capítulo es el análisis del régimen de establecimiento diseñado por la LSH en ese nuevo contexto y algunas cuestiones relativas al cierre de las instalaciones y por tanto, al cese de la actividad.

Se inicia el estudio del régimen de organización del sector con los aspectos relativos a las infraestructuras, fundamentalmente por dos motivos. En primer lugar, porque constituyen la base física imprescindible para la realización de las actividades. El segundo, la posesión de la autorización de instalación es el título que habilita a los sujetos para su respectiva explotación. Constituyen, por tanto, la llave de entrada para su actuación, no obstante una excepción, estipulada para el caso del «comercializador», - figura introducida por la LSH- el único actor del sistema que no posee instalaciones y al que se impone también una habilitación para realizar la actividad respectiva.

En ese orden de ideas, se analizan en este capítulo cuáles han sido las modificaciones introducidas por la LSH en el contexto del proceso de liberalización en el sector del GN. A través del estudio de los modos y cargas establecidos en el procedimiento de autorización se intenta determinar el grado en que ha variado la intensidad de la intervención administrativa, cuál es el alcance que la despublificación tiene en cuanto al derecho de establecimiento se refiere. También se estudia la adaptación a la normativa a la Directiva comunitaria vigente en los respectivos temas.

Por otra parte, se examinará lo concerniente al procedimiento específico establecido para la obtención de una autorización de instalación, que a su vez -como se mencionó-

origina la autorización para el ejercicio de la actividad así como, otras cuestiones relacionados con las infraestructuras, su planificación, normas relativas a la seguridad y lo referido a los derechos de ocupación del dominio público, el beneficio de expropiación forzosa y servidumbres y limitaciones a la propiedad. Se deja para un capítulo aparte, por su relevancia en el contexto de la liberalización y creación del MIE, el acceso de terceros a las redes. Previamente, se realizan algunas precisiones terminológicas y se describen las instalaciones que conforman el sistema del GN.

II. Los títulos habilitantes en la Directiva del Gas y en la Ley del sector de hidrocarburos. Cuestiones generales.

En cuanto al régimen de habilitación de la actuación de los sujetos, en principio, la finalidad de la introducción de los mecanismos de control, debe estar referida básicamente al objetivo de salvaguardar la libre competencia y la seguridad y continuidad del suministro y por tanto, la capacidad de los sujetos para llevar a cabo las actividades en procura del interés general y con éste el de todos los consumidores. En este sentido, la LSH, ha diseñado un sistema de autorización de instalaciones y actividades, en el marco de la Directiva del gas, y ha impuesto el requisito de registro de las mismas.

1. Los títulos habilitantes en la Directiva del Gas

La Directiva del Gas, en cuanto concierne a este tema, es poco precisa o si se prefiere deja un amplio margen de actuación³⁶³. No existiendo aún una doctrina en el nivel comunitario sobre títulos habilitantes (y puede pensarse que, muy probablemente, ante la necesidad de abarcar la mayor cantidad posible de ellos o denominaciones de los mismos que se puedan encontrar en el ámbito de cada uno de los Estados miembros y en respeto de los principios que rigen la Comunidad Europea), en su artículo 4.1, se lee: «Cuando se requiera una autorización (por ejemplo, licencia, permiso, concesión, acuerdo o aprobación) para la construcción o explotación de instalaciones de gas

³⁶³ En este sentido, ARROYO JIMÉNEZ, L., *La libre empresa y los títulos habilitantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 308-309.

natural, los Estados miembros o cualquier autoridad competente que ellos designen otorgarán autorizaciones para construir o explotar en su territorio las mencionadas instalaciones y gasoductos y el equipo correspondiente (...) Los Estados miembros o cualquier autoridad competente que éstos designen también podrá otorgar, en iguales condiciones, autorizaciones para el suministro de gas natural y autorizaciones a clientes mayoristas». En todo caso, dispone que, a esos efectos, dicho sistema de autorizaciones debe establecerse con arreglo a criterios objetivos y no discriminatorios que deben ser objeto de publicación (art. 4.2 DG). Los mismos principios debe cumplir la aplicación de motivos de denegación de la autorización, teniendo el Estado respectivo la obligación de informar de ellos al solicitante y de poner a su disposición un procedimiento que le permita recurrir las denegaciones. Además, a efectos informativos, debe comunicar a la Comisión los motivos de denegación establecidos (art 4.3 DG).

Parece claro que, en el nivel comunitario, en aplicación del principio de neutralidad, no existe una preocupación excesiva sobre el título habilitante que cada Estado miembro elija, -no al menos en cuanto a su denominación- siempre y cuando se respeten los objetivos establecidos en la normativa comunitaria.

2. Los títulos habilitantes en la Ley del sector de hidrocarburos. Consideraciones preliminares.

En primer lugar, conviene recordar que la Ley del Gas estipulaba un régimen concesional para las actividades del sector, mientras las instalaciones estaban sujetas a un régimen de autorización³⁶⁴. En consecuencia, la autorización de instalación sólo tenía sentido siempre que se obtuviera previamente la respectiva concesión de actividad.

La vigente LSH ha unificado el régimen de autorización de las instalaciones con el de habilitación para el ejercicio de la actividad respectiva, es decir, la de explotación de la

³⁶⁴ En el artículo 2 de la Ley del Gas se lee: «El ejercicio de las actividades a que hace referencia el artículo primero podrá ser encomendado mediante concesión administrativa a entidades públicas o privadas de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley. (...) En los términos que reglamentariamente se determine, se requerirá autorización administrativa previa para la construcción o modificación de las instalaciones precisas para las actividades objeto de concesión...» Sobre este tema, SALAS, J., «Régimen Jurídico de las Concesiones de Servicio Público de suministro de gas por canalización», en REDA, núm. 65, Enero-Marzo, 1990, pp. 26-30.

instalación. Ello se desprende no sólo de las obligaciones establecidas para los titulares de las instalaciones contenidas en la propia LSH y sus disposiciones de desarrollo, sino específicamente de la DA sexta, -que se estudiará en detalle posteriormente-; ésta, al disponer la extinción de las concesiones existentes, en lo que aquí interesa, señala: «Dichas concesiones quedan sustituidas de pleno derecho por autorizaciones administrativas de las establecidas en el Título IV de la presente Ley que habilitan a su titular para el ejercicio de las actividades, mediante las correspondientes instalaciones, que constituyeran objeto de las concesiones extinguidas». De esta manera, se integran en un único título habilitante, la autorización de instalación y la de la actividad respectiva³⁶⁵. Esta situación puede considerarse como un retroceso en la técnica legislativa hasta ahora utilizada en este sector, en este aspecto, tan alabada por la doctrina³⁶⁶.

Es así como, la LSH sustituye el tradicional sistema concesional, propio de los sectores publicados, por uno basado en autorizaciones, más característico de sectores liberalizados. En términos generales, puede decirse que, en este sentido, la LSH es congruente con los objetivos de la liberalización puesto que, en principio, dicho régimen autorizatorio comporta una mayor libertad para los operadores, quienes con tan sólo reunir los requisitos establecidos al efecto, tendrán derecho a obtener autorización tanto para construir, modificar, explotar y cerrar cualquiera de las instalaciones que conforman el sistema gasista, o en su caso, para ejercer la actividad de comercialización.

No obstante lo anterior, si se estudia con detenimiento el régimen establecido, la conclusión es otra. Por un lado, el título habilitante para el caso de las instalaciones

³⁶⁵ En este sentido, podría pensarse que se da un paso atrás con respecto a la Ley 10/1987, en la regulación de este tema, pues como señala SALAS, J., «Del régimen de actividad, que es, (...) el objeto de la concesión, la Ley 10/1987 distingue el régimen de las instalaciones, para cuya construcción o modificación exige la pertinente autorización administrativa. (...) De este modo el legislador ha pretendido llevar a cabo una depuración de técnicas jurídicas de la que no siempre han hecho gala los textos normativos, pero que se contiene ya claramente en el Reglamento del Gas de 1973 (...) Se concede, pues, la actividad; se autorizan las instalaciones», op. cit., pp. 27-29. Sin embargo, al desaparecer la concesión y, en el marco de los objetivos de la Ley, esta medida parece consecuente, no obstante las consecuencias prácticas que se puedan derivar de ello.

³⁶⁶ Vid. SALAS HERNÁNDEZ, J., «Régimen jurídico...», op. cit., pp. 27-30.

continúa siendo el mismo: una autorización; por otro, el contenido de su régimen jurídico prácticamente no ha variado. Se ha diseñado un régimen de autorizaciones que, por sus condiciones, no así por sus efectos³⁶⁷, se asemeja a una concesión, como se observará en el procedimiento dispuesto al efecto: la información pública, la comprobación de la capacidad legal, técnica y económico-financiera, la fianza, son modos y cargas que se subrayan en el procedimiento autorizatorio establecido en la LSH. Por otra parte, desaparece la reversión de las instalaciones, así como el plazo de la autorización, ajustándose en este sentido, al nuevo régimen de la competencia. O visto de otra manera, ha pasado de ser una típica autorización de instalación a una combinación de actos autorizatorios que pasan por una licencia subjetiva, una autorización de instalación y una autorización de funcionamiento.

Por lo tanto, puede decirse que se han integrado en un solo título la autorización de instalación y actividad, a condición de reunir en su régimen jurídico los modos y cargas antes propios de la concesión y la autorización respectivas³⁶⁸. La diferencia es que el énfasis de los procedimientos de autorización se sitúa ahora en los detalles del proyecto de instalación y en las condiciones subjetivas del solicitante. Mientras en lo relativo al régimen de la actividad, es decir, a la permanencia en el sector, habrá que estar a lo dispuesto por la LSH y sus disposiciones reglamentarias ya que la autorización de explotación se concreta en el acta de puesta en servicio de las instalaciones, sin que se diga mucho más sobre el ejercicio de la actividad, como se verá en el estudio específico del tema³⁶⁹.

³⁶⁷ Ya que no se trata de una relación contractual. Al respecto, MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado...*, op. cit., p. 1210. En este sentido, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., señala que «la evolución legislativa ha terminado por *difuminar por completo los límites entre la autorización y la concesión*; no por falta de rigor técnico de las normas, sino por necesidades estrictamente políticas» y señala como ejemplo la actividad de distribución de electricidad. *Principios de Derecho Administrativo*, V II, 2ª ed., Colección Ceura, Madrid, 2000, pp. 271-272.

³⁶⁸ Una opinión contraria, FERNÁNDEZ GARCÍA, M. Y., *Estatuto Jurídico de los servicios esenciales económicos*, INAP, Buenos Aires, Madrid, 2003, pp. 529-530.

³⁶⁹ En este sentido, con relación al sector eléctrico pero aplicable también al gasista, TRILLO FIGUEROA MARTÍNEZ CONDE, F., señala que: «Sería bueno que por Ley se hubiera hecho una clara distinción si se quiere entre licencia de actividad, exigiéndose por tanto (...) en su momento, condiciones subjetivas adecuadas para el ejercicio de la misma, así como un condicionamiento adecuado al cumplimiento de las actividades para garantizar la tutela del interés público en la función de regulación

De manera que, cuestiones que se plantean en otros sectores abiertos a la competencia³⁷⁰ también están presentes en el caso del GN, aunque quizás con otra apariencia ya que la liberalización de este sector ha sido una de las últimas que se ha puesto en marcha. De ahí que, si bien existe coherencia en los términos -concesión por autorización- el régimen de una y otra no se distingue con claridad, cuestión que por lo demás no es un fenómeno nuevo ni exclusivo de este sector³⁷¹. Lo que sucede ahora, es que su enfoque se ha trasladado al otro lado de la frontera, es decir, se observa desde la perspectiva de la autorización, ya no desde la perspectiva de la concesión.

En todo caso, no se debe perder la perspectiva en cuanto a la importancia relativa de la delimitación de una y otra figura –concesión y autorización- y aunque sería más apropiado y proporcionaría mayor seguridad jurídica, la definición de determinadas características básicas³⁷² que las distinguieran con mayor precisión, lo realmente importante sería poder determinar las razones por las cuáles este tipo de regulaciones persisten, ya que constituirían una pista sobre la verdadera vocación, no sólo del tipo de intervención, sino de los controles estatales que independientemente de las corrientes ideológicas imperantes en cada momento, parecen tener la vocación de subsistir.

del Estado pueda tener, de una autorización de instalación reglada que se asemeje más a una autorización de policía, con cumplimiento de condiciones territoriales, medioambientales y de carácter técnico puramente regladas», en «Liberalización Eléctrica en España: Aspectos básicos de su regulación», *Competencia y sector eléctrico: un nuevo régimen jurídico*, Civitas, UNESA, Madrid, 1998, p. 47.

³⁷⁰ Sobre este tema, en general en los sectores liberalizados, MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio público y mercado*, op. cit., t. I, p. 309 y ss. Específicamente, sobre el sector de las telecomunicaciones pero de aplicación al sector del gas, GARRIDO FALLA, F., *¿Crisis de la noción de servicio público?*, op. cit., p. 454, quien señala: «Si bien, (...), surge la razonable duda en el lector acerca de si no estaremos en un simple cambio de nombres para designar figuras jurídicas que no han cambiado»; GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., *Infraestructuras de telecomunicaciones y cuestiones locales*, monografía asociada a la *Revista Urbanismo y Edificación*, núm. 7, Aranzadi, Navarra, 2003, p. 297; FUENTETAJA PASTOR, J. A., «Elementos autorizatorios y concesionales en los títulos habilitantes (evolución del modelo comunitario de acceso al mercado de las telecomunicaciones)», en *RAP*, núm. 160, pp. 87-119.

³⁷¹ Cobra vigencia la afirmación realizada por el profesor SALAS HERNÁNDEZ hace varias décadas, quien señaló que «La irrupción de nuevos supuestos, en efecto, provocaba, fisuras en el esquema institucional establecido. En consecuencia, afirmar que un sector o actividad está sujeto al otorgamiento de una concesión o una autorización, es decir bastante poco, si no se delimita, al mismo tiempo, la configuración concreta del régimen jurídico a que tal sector o actividad están sometidos en un momento histórico determinado», *Régimen jurídico ...*, op., cit., p. 60.

³⁷² Sobre este tema, MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado...*, t. I, op. cit., pp. 1210-1214.

Como se señaló antes, en la LSH, se ha diseñado un régimen autorizatorio para los tres grandes sujetos del sistema, a través del cual se consiente su participación³⁷³ en el mismo. Para los transportistas y distribuidores estipula una autorización de instalación que conlleva la de la actividad respectiva, mientras para el comercializador ha diseñado una autorización de actividad.

Más específicamente hay que señalar que como consecuencia de lo dicho, el régimen autorizatorio de las infraestructuras combina elementos de carácter reglado y discrecional³⁷⁴. La LSH no establece una diferenciación clara entre la autorización de instalación y la de actividad, -que se estudiarán en detalle más adelante-; a manera de ejemplo, cabe adelantar algunos rasgos. Al referirse a la autorización de actividad dispone que «tendrá carácter reglado» (art. 80 LSH), aspecto que omite en el caso de las autorizaciones de instalación y que indujo a un sector de la doctrina a señalar, pese a esta omisión, que ello no implicaba que las autorizaciones de instalación no tuvieran también este carácter reglado³⁷⁵, como cabía pensar que debía ser, -ello, hay que aclarar, cuando aún no se había dictado el RLSH que como se estudiará seguidamente, ha venido a matizar este aspecto-, ya que tanto los términos en que se señalan los requisitos de una y otra, así como las causas de denegación de ambas, son muy similares, por no decir los mismos, aunque por otro lado, en el caso de la autorización de instalaciones se utilice la técnica del silencio desestimatorio característico de las autorizaciones de carácter discrecional (art. 67.3 LSH).

³⁷³ Para hablar en los términos utilizados por los profesores GARCÍA ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., quines concluyen que la autorización se puede perfilar actualmente, ante las nuevas circunstancias surgidas por la aplicación de esta técnica al campo de las actividades económicas como el: «acto de la Administración por el que ésta consiente a un particular el ejercicio de una actividad privada, aunque inicialmente prohibida con fines de control administrativo de su ejercicio, constituyendo al propio tiempo la situación jurídica correspondiente», en *Curso...*, op. cit., t. I., p. 135.

³⁷⁴ En todo caso, como ha puesto de manifiesto la doctrina, la distinción entre autorizaciones regladas y discrecionales no puede entenderse en «términos absolutos», SANTAMARÍA PASTOR, A., *Fundamentos...*, op. cit., pp. 268-269.

³⁷⁵ Al respecto, GALLEGO ANABITARTE, A., «El sector...», op. cit., p. 26; ARIÑO ORTIZ, G., habla de «la transformación de las concesiones (discrecionales, temporales, con reversión) en autorizaciones (regladas, *sine die*, sin reversión)», *Principios...*, op. cit., p. 699.

Ello tiene también su reflejo en el propio título autorizatorio que está referido básicamente a los aspectos relativos a las características y condiciones de las infraestructuras, como se verá, y a las condiciones subjetivas de los solicitantes de las mismas. Sin que se establezca, prácticamente nada con respecto a la actividad, cuyo funcionamiento queda sujeto a la LSH y sus disposiciones reglamentarias, básicamente en términos de derechos y obligaciones, constituyendo, en este caso, la autorización un «acto condición» que, como ha señalado la doctrina, se sitúa «en las mismas fronteras que separan el genus autorizatorio del esquema concesional propiamente dicho»³⁷⁶. Como lo demuestra el hecho de que hoy se aluda a él para hacer referencia a la autorización de funcionamiento y que en otro momento se haya hecho desde la perspectiva de la concesión de la actividad, al señalar que ésta: «se limita prácticamente a abrir la puerta a un régimen reglamentado, poco menos que con carácter general, al que aquélla se remite por entero, concretando sólo los detalles circunstanciales y específicos de cada supuesto»³⁷⁷.

Se ha conformado así una relación entre la Administración y el sujeto autorizado a la que además se ha venido a sumar el requisito de la inscripción en el registro respectivo. Si bien este es un requisito que aunque obligatorio no se derivan de él efectos constitutivos³⁷⁸.

En cuanto a la salida del sector, es decir, el régimen de cierre de infraestructuras y cese de las actividades, también deben cumplirse una serie de requisitos ya que estamos en presencia de actividades de interés económico general, que como se verá, generan una serie de obligaciones que impiden que se pueda abandonar la actividad sin el cumplimiento previo de determinados condicionamientos.

³⁷⁶ GARCÍA ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., *Curso...*, op. cit., p. 142.

³⁷⁷ SALAS HERNÁNDEZ, J., «Régimen jurídico...», op. cit., p. 35

³⁷⁸ Sobre este tema, CARLÓN RUÍZ, M., «Las autorizaciones industriales», en *Estudios de Derecho Público Económico, Libro Homenaje al Profesor Sebastián Martín Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 858.

Finalmente, hay que señalar que las autorizaciones de instalaciones tienen carácter sustantivo según la clasificación establecida por la Ley 16/2002, de 1 de julio de prevención y control integrados de la contaminación, y a ella hay que sumar, todas aquellas concesiones autorizaciones, licencias o permisos que sean necesarios para la realización de las instalaciones, en los términos planteados por las distintas legislaciones a las que se hará alusión en el momento pertinente.

III. El régimen de autorización de la s infra estructuras d el sistema gasista español.

En este epígrafe se estudia el procedimiento establecido por la LSH para el otorgamiento del título habilitante correspondiente a cada una de las instalaciones de las redes gasistas. Antes se realizan algunas precisiones sobre los conceptos utilizados así como, una primera aproximación a la definición de los sujetos establecida en la LSH.

1. Algunas precisiones conceptuales en torno a los términos «infraestructura», «red» e «instalación».

El estado de avance actual de la ciencia y la tecnología debe contarse entre los factores que han inducido el proceso de desmonopolización que, a su vez, ha puesto de manifiesto distinciones terminológicas que hasta hace poco carecían de la relevancia que hoy se les otorga a nivel jurídico. Por esta razón, se realizan algunas precisiones previas con respecto a términos tales como «infraestructura», «red» o «instalación», puesto que la acepción de cada uno de éstos, especialmente en los sectores de servicios antes en régimen de monopolio, adquiere especial significado en el marco de la liberalización.

En primer lugar, hay que señalar que pese a que la LSH sólo hace referencia expresa al término infraestructura, específicamente en su artículo 5 para referirse a las «infraestructuras viarias»³⁷⁹, en el contexto de este estudio, dicho término se entenderá en su sentido general más común, como lo define el diccionario de la Real Academia

³⁷⁹ Lo cual podría ser indicio de que se utiliza este término en su sentido tradicional, es decir, como una construcción o instalación que está afecta a un interés público o está destinada al uso general.

Española: «Conjunto de elementos o servicios que se consideran necesarios para la creación de una organización cualquiera». Así, con este término se abarcan tanto las «redes» del sistema como sus «instalaciones» que son los dos términos que se utilizan en la LSH. Ahora bien, ello no significa que se desconozcan las matizaciones que conforme con las nuevas tecnologías ha distinguido la doctrina en los sectores caracterizados por estar estructurados en red, especialmente en el sector de las telecomunicaciones, que diferencian precisamente entre la «infraestructura» y la «red», haciendo referencia con el primer término a los elementos físicos y con el segundo a los elementos tecnológicos. Esta es una concepción que no está implícita en la LSH que habla de las «instalaciones que conforman la red»³⁸⁰.

Se atiende, en todo caso a la definición de «infraestructuras en red», contenida en el Diccionario de obras públicas y bienes públicos: «instalaciones de valor colectivo estratégico, ramificadas por el territorio y con conexión física entre sus extremos, caracterizadas por su configuración unitaria al estar entrelazadas, por su capacidad limitada y por su duplicación antieconómica que están destinadas a alguna modalidad de transporte de personas, bienes, energía o información»³⁸¹.

2. Una primera aproximación a los sujetos actores. Definición legal

Antes de analizar el régimen de autorización de los sujetos titulares de instalaciones es necesario realizar una primera aproximación a la evolución que ha experimentado su definición legal, -su estatuto jurídico se estudia en detalle en los capítulos posteriores-, ya que ésta es un referente en algunos aspectos de la LSH, y no siempre resulta clara y coincidente con el conjunto de las disposiciones legales.

De acuerdo con la LSH, los sujetos que pueden poseer instalaciones son: los transportistas, entre los cuales está el gestor técnico del sistema, y los distribuidores. Por

³⁸⁰ DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M., «Sobre las infraestructuras en red», en *REDETI*, núm. 1, 1998, pp. 13 y ss. También, FERNÁNDEZ GARCÍA, M. Y., «Reflexiones sobre la noción de red (su relevancia en la regulación de los servicios esenciales económicos en red)», *REDETI*, núm. 18, 2003, pp. 11-34.

³⁸¹ CABALLERO SÁNCHEZ, R., «Infraestructuras en red» en, *Diccionario de Obras públicas y bienes públicos*, dir. Julio V. González García, IUSTEL, Madrid, 2007, p. 417.

otro lado, aparecen los consumidores. De entre ellos, interesa ahora destacar a los consumidores directos en mercado que poseen las denominadas líneas directas.

En la versión original de la LSH los transportistas y los distribuidores se caracterizaban por estar definidos a partir de la posesión de cierto tipo de instalaciones. Ambos sujetos se definían como «personas jurídicas titulares de...», es decir, su concepto se delimitaba a partir de lo ya existente. De conformidad con la modificación introducida por la Ley 12/2007, con la que de alguna manera se ha pretendido dar una nueva configuración al sistema, como se irá concretando a lo largo del estudio, los transportistas son «aquellas sociedades mercantiles autorizadas para la construcción, operación y mantenimiento de instalaciones de regasificación de gas natural licuado, de transporte o de almacenamiento básico de gas natural» (art. 58 a) LSH). Los distribuidores son «aquellas sociedades mercantiles autorizadas para la construcción, operación y mantenimiento de instalaciones de distribución destinadas a situar el gas en los puntos de consumo» (art. 58 c) LSH). De manera que, como se observa en los textos citados, se ha eliminado ese vínculo exigido entre la posesión de instalaciones y la calidad de transportista o distribuidor, ya que ello provocaba, en principio, -como luego se verá- que tanto para el caso de los transportistas como de los distribuidores, se encontrara en su propia definición, no sólo una delimitación de las instalaciones que cada uno podía poseer, sino también el vínculo necesario de la posesión de instalaciones para tener la calidad de uno u otro. Y por otro lado, con dicha regulación, se excluían situaciones fácticas que implicaban discordancias entre el propio régimen y la realidad, tales como la posesión por parte del distribuidor de instalaciones de la red secundaria de transporte.

Consecuentemente, todo sujeto transportista o distribuidor, que desee participar en el sector gasista debe poseer el correspondiente título autorizatorio de la instalación respectiva.

3. Las redes e instalaciones que conforman el sistema del gas natural.

La LSH configura el sistema gasista a partir de tres tipos de redes: la red básica, la red de transporte secundario y las redes de distribución. Los gasoductos de cada una de las redes se distinguen fundamentalmente por la presión de diseño de los mismos. La reforma introducida por el artículo único.9 de la Ley 12/2007 corrige una omisión de la

redacción original de la LSH específicamente en relación con los denominados «almacenamientos no básicos» a los excluye de las redes enumeradas y unifica los gasoductos en una sola red de transporte. A continuación se especifican las instalaciones que constituyen cada una de las redes.

A. La red básica

En esta red se incluyen las instalaciones de mayores dimensiones³⁸². Recuérdese que la mayor parte del GN que se consume en España proviene del exterior y es transportado tanto en estado líquido como gaseoso. Las instalaciones necesarias en este proceso están integradas en la red básica. El artículo 59.2 las ordena de la siguiente manera: a) Los gasoductos de transporte primario de GN a alta presión, es decir, presión máxima de diseño igual o superior a 60 bares³⁸³; b) Las plantas de regasificación de gas natural licuado³⁸⁴(GNL) y las plantas de licuefacción de GN, c) Los almacenamientos básicos³⁸⁵ que puedan abastecer el sistema³⁸⁶; d) Las conexiones de la red básica con

³⁸² A la entrada en vigor de la LSH, prácticamente todas las instalaciones comprendidas en esta red eran de la empresa ENAGAS. Recuérdese que la construcción y expansión de esta red fue encargada inicialmente, a esa empresa.

³⁸³ El bar es una unidad de presión. Diccionario Español de la Energía, Enresa, Madrid, 2005.

³⁸⁴ En 2007, hay seis plantas de regasificación de GNL. Están situadas en Barcelona, Cartagena y Huelva, Bilbao y Mugarlos. Las tres primeras son propiedad de ENAGAS, S. A., que está llevando a cabo su ampliación, y la de Bilbao pertenece a la sociedad BBG, S. L. Además, la misma empresa está realizando estudios para la apertura de tres plantas más.

³⁸⁵ La condición de «básicos» sustituye la de «estratégicos» que figuraba en el texto original mediante reforma introducida por el art. Único.9 de la Ley 12/2007. Con esta modificación se mejora y aclara la norma pues antes si bien se designaba los almacenamientos como estratégicos, en ninguna norma de la LSH se especificaba cuáles eran estratégicos y cuáles no, o si lo eran todos. En otros artículos de la LSH, como se verá, se utiliza el término simple «almacenamientos».

³⁸⁶ A 2007, existen dos almacenamientos subterráneos: 1. Serrablo, ubicado en Huesca, propiedad de ENAGAS, S. A.; 2. Gaviota, almacenamiento «off-shore» en Vizcaya, propiedad de RIPSa. De acuerdo con la DA 4ª del mismo texto normativo: «Los almacenamientos subterráneos de «Gaviota» y «Serrablo» tienen la consideración de almacenamientos incluidos en la red básica del sistema gasista». En la actualidad, ENAGAS, S. A., está estudiando la viabilidad de tres nuevos almacenamientos ubicados en Guadalajara, Huesca y Tarragona.

yacimientos de GN en el interior o con almacenamientos³⁸⁷; e) Las conexiones internacionales del sistema gasista español con otros o con yacimientos en el exterior³⁸⁸.

Hay que llamar la atención aquí sobre dos aspectos. En primer término, debe señalarse que las plantas de licuefacción, (punto b)), aunque están integradas en la red básica, no existen en España. En segundo lugar, el legislador ha utilizado en este artículo la expresión «almacenamientos básicos», de manera que también hay almacenamientos no básicos. Esta situación se estudiará más adelante, en un epígrafe específico sobre este tipo de instalaciones y la actividad que se realiza sobre las mismas.

B. La red de transporte.

En esta red de transporte³⁸⁹ están comprendidas, de acuerdo con la modificación introducida al artículo 66 por el artículo único.15 de la Ley 12/2007: la red de transporte primario, constituida por los gasoductos de presión máxima de diseño igual o superior a 60 bares (art. 66.1), que como se vio antes, también forman parte de la red de básica (art. 59.2 a)); la red de transporte secundario, es decir, los gasoductos de presión máxima de diseño inferior a 60 y superior a 16 bares (art. 59.3); así como, las estaciones de compresión³⁹⁰, las estaciones de regulación y medida³⁹¹; y todos aquellos activos de

³⁸⁷ Se están explotando tres yacimientos nacionales: los de Marismas y Palancares, en el Valle del Guadalquivir; y Poseidón en el Golfo de Cádiz, éste último propiedad de Repsol YPF, no obstante todas las conexiones de la red básica con los yacimientos son propiedad de ENAGAS, S. A.

³⁸⁸ España tiene cuatro conexiones internacionales: conexión con Francia en Larrau e Irún, con Argelia en Tarifa, con Portugal en Badajoz, y Tuy en Pontevedra, que comenzó a operar en 1998. ENAGAS es la propietaria de todas ellas.

³⁸⁹ La ley original establecía un subsistema de transporte que estaría formado por las instalaciones de los transportistas cuando el abastecimiento a través de las mismas superara el 3 por 100 del consumo del mercado. Este párrafo fue derogado por una reforma introducida por el RD-Ley 6/2000, artículo 7. Uno. En opinión de DEL GUAYO, I., esto fue un error, puesto que este subsistema favorecía el reconocimiento de los transportistas y su calidad de tales. En «Tarifas, peajes y cánones del gas natural», *Precios y tarifas en sectores regulados*, Comares, Granada, 2001, p. 80.

³⁹⁰ En las estaciones de compresión se eleva la presión del gas con el propósito de maximizar la capacidad de transporte de los gasoductos. A fecha de 2007, ENAGAS, S. A., posee once estaciones de este tipo.

³⁹¹ Las estaciones de regulación y medida están situadas en los puntos de entrega (salida) del gas. En ellas se reduce la presión del gas transportado hasta el nivel requerido para su utilización por parte del consumidor final y se mide el gas entregado. ENAGAS, S. A., es propietaria de 342 estaciones de este tipo.

comunicaciones, protecciones, control, servicios auxiliares, terrenos, edificaciones y demás auxiliares, necesarios para el adecuado funcionamiento de las instalaciones específicas de esta red (art. 66.3). Adicionalmente, se incluyen «aquellas otras instalaciones que como resultado del proceso de planificación de la red de transporte de GN, el Ministerio de Economía, previo informe de la Comisión Nacional de Energía, determine que cumplen funciones de transporte» (art. 4 inc. g) RLSH).

La reordenación de los gasoductos de las redes del sistema llevada a cabo por la Ley 12/2007, estaba ya plasmada, en alguna medida, en el RLSH, cuyo artículo 4 dispone que, tanto las instalaciones incluidas en la red básica como en la red de transporte secundario se consideran instalaciones de transporte con la diferencia de que la reforma las viene a agrupar como redes de transporte³⁹². Aunque este tema se tratará más adelante, se deja apuntado desde ahora que indistintamente de la instalación que posea, el titular de la autorización de cualquiera de las instalaciones comprendidas en la red básica o de transporte secundario, y aunque no sea estrictamente una instalación de transporte, será considerado como «transportista».

C. La red de distribución.

Esta red está integrada por dos tipos de gasoductos, indicados en los artículos 59.4 y 73.1 de la LSH: los que tienen una presión máxima de diseño igual o inferior a 16 bares y los que, con independencia de su presión máxima de diseño, tienen por objeto conducir el gas a un único consumidor³⁹³ partiendo de un gasoducto de la red básica o de transporte secundario.

El RLSH adiciona «todos aquellos activos de la red de comunicaciones, suministro de energía eléctrica, protecciones, control, servicios auxiliares, terrenos, edificaciones y

³⁹² No se entiende la razón de esta modificación que puede causar confusión en el momento de aplicar la regulación respectiva a cada red, por incluir los gasoductos de transporte primario, tanto en la red básica como de transporte. El proyecto de Ley inicial solo contenía la modificación al artículo 66 de la LSH, la del artículo 59 se incluyó a través de una enmienda (núm. 72) del Grupo Parlamentario Socialista, pero no se da ninguna justificación para la modificación en ese sentido. BOCG, Serie A, núm. 102-14, de 16 de enero de 2007.

³⁹³ Esta condición fue introducida mediante modificación del apartado 4 del artículo 59, por el RD-Ley 6/2000 artículo 7. Dos.

demás elementos auxiliares, en la parte destinada exclusivamente para el adecuado funcionamiento de las instalaciones específicas de las redes de distribución antes definidas, incluidos los centros de control en todas las partes y elementos que afecten a las instalaciones de distribución» así como «las plantas satélite de gas natural licuado que alimenten a una red de distribución» (art. 8 RLSH).

D. Otras instalaciones.

Adicionalmente, hay tres tipos de instalaciones que a los efectos de este estudio interesa destacar: las líneas directas, las acometidas y las instalaciones receptoras comunes (IRC). Estas instalaciones pueden pertenecer a los consumidores o a las empresas distribuidoras. La problemática surgida a raíz de la falta de una delimitación clara de este tipo de instalaciones con las redes de transporte y distribución ha llevado al MITC a encargar a la CNE la elaboración de una propuesta de norma que determine en qué casos la extensión de las redes se considera extensión natural de la red de transporte y distribución o se considera una línea directa o acometida³⁹⁴. Aunque por otra parte, la Ley 12/2007 ha atribuido a las CCAA la competencia para determinar en qué casos la extensión de las redes de gasoductos corresponde a una extensión natural de la red de distribución o se trata de una línea directa o una acometida, en aplicación de los criterios que establezca el Gobierno (art. 3.3f) LSH). De acuerdo con la regulación actual se definen de la siguiente manera.

a. Líneas directas

Según el artículo 78 de la LSH se entiende por línea directa, un gasoducto para GN complementario de la red interconectada para suministro a un consumidor. De acuerdo con dicho precepto, estos gasoductos sólo pueden ser construidos por consumidores cualificados, —es decir, desde 2003 puede construirlo cualquier consumidor³⁹⁵—. Quedan,

³⁹⁴ Este mandato está contenido en la DA 1 de la Orden ITC/3992/2006, de 28 de diciembre, por la que se establecen las tarifas de gas natural y gases manufacturados por canalización, alquiler de contadores y derechos de acometida para los consumidores conectados a redes de presión de suministro inferior o igual a 4 bar.

³⁹⁵ Esta opción está estipulada en el artículo 24.1 de la Directiva del Gas: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para permitir que: a) las compañías de gas natural establecidas en su territorio abastezcan mediante una línea directa a los clientes cualificados; b) cualquier cliente cualificado

eso sí, excluidas del régimen retributivo que se establece para las actividades de transporte y distribución, de la misma manera que lo están de la aplicación de las disposiciones en materia de expropiación y servidumbres y obviamente, están sometidas al ordenamiento jurídico general. Por otra parte, para la aplicación del régimen de ATR deben estar integradas en el sistema gasista conforme a lo que reglamentariamente se dispone.

b. Las acometidas gasistas.

La acometida es definida por el artículo 24 del RLSH como «la canalización e instalaciones complementarias necesarias para un nuevo suministro o ampliación de uno existente, comprendidas entre la red de distribución o de transporte existente y la llave de acometida, incluida ésta, que corta el paso del gas natural a las instalaciones receptoras de los usuarios». Cuando la conexión se realiza a la red de distribución, las acometidas se distinguen por no estar incluidas en la respectiva autorización de estas instalaciones o en los planes anuales de ampliación de redes de distribución. En el caso de que la conexión se realice a la red de transporte lo serán, con carácter general, las que no estén definidas en el régimen económico establecido para esa actividad. La acometida puede estar destinada a suministrar GN a uno o más usuarios (art. 24.2 RLSH)³⁹⁶.

en su territorio sea abastecido mediante una línea directa por compañías de gas natural.» y en los apartados 2 y 3 del mismo artículo establece la posibilidad de requerir un título habilitante a este efecto, bajo los criterios generales establecidos para su otorgamiento.

³⁹⁶ En relación con este tema, se ha planteado la duda de si son suficientes los criterios establecidos para delimitar y distinguir lo que es una acometida, es decir, dónde empieza la acometida y dónde termina una red de distribución. En su momento, la CNE al hacer observaciones al proyecto de RLSH, manifestó sus dudas con respecto a que esta definición podría generar confusión: «La redacción de la propuesta del Ministerio sobre la definición de acometida (...) puede dar lugar a que toda una red de distribución se base en la construcción sucesiva de acometidas, conectadas unas con otras al denominar acometidas a toda una ampliación de la red para la conexión de un nuevo suministro». Sin embargo, dichas consideraciones no fueron atendidas. Informe 17/2002, de 4 de diciembre de 2002, p. 28. Posteriormente, en el voto particular al «Informe sobre la consulta (...) en relación con la construcción de una red de distribución», aprobado con fecha 5 de febrero de 2004, ha vuelto a tratarse el tema puesto que una empresa municipal plantea la posibilidad de realizar las instalaciones de gas de un proyecto de urbanización, - considerándolas como acometidas- para cederlas luego a la empresa distribuidora. A lo que la CNE contesta afirmativamente, aplicando el criterio excluyente de la norma, es decir, que no se encontraban incluidas en las autorizaciones de instalación ni en los planes anuales de ampliación de esas redes. Sin embargo, en un voto particular a este informe se insiste en la observación planteada inicialmente: «no es cierto que, no existiendo ni autorización ni plan anual de ampliación de las redes de distribución, toda

La solicitud de una acometida puede ser realizada por una persona física o jurídica, independientemente de que sea el consumidor final o no. Se debe solicitar a la empresa distribuidora o transportista, y puede tratarse de un nuevo punto de consumo o la ampliación de uno ya existente.

c. Instalaciones receptoras comunes (IRC)

Se definen como instalaciones receptoras comunes, como su nombre lo indica, la parte de la instalación receptora que es común a varios consumidores de GN e «incluye las conducciones y accesorios comprendidos entre la llave del edificio o la llave de acometida si aquella no existe, excluida ésta y las llaves de cada abonado». Estas instalaciones, con independencia de que puedan pertenecer al distribuidor, no tienen la consideración de instalaciones de distribución (art. 30 bis RLSH³⁹⁷).

4. Instalaciones sujetas a autorización administrativa previa. Excepciones al régimen.

El Capítulo I del Título IV de la LSH, concretamente en su artículo 55, establece en general, respecto del servicio de suministro de gases combustibles por canalización, el requisito de autorización administrativa previa de las instalaciones. En relación con el GN, dispone tal requisito para las plantas de regasificación y licuefacción (inc. a)), y las instalaciones de almacenamiento, transporte y distribución (inc. b))³⁹⁸.

canalización necesaria para un nuevo suministro sea acometida; a falta de autorización y de plan anual de ampliación el límite entre red de distribución y acometida queda indefinido. Una parte es red de distribución que debería ser construida por una empresa distribuidora y otra parte acometida que podría ser construida por el promotor. (...) Es imposible pensar que la red de gas de un sector de suelo urbanizable de aproximadamente 85 Ha. y 3600 nuevas viviendas, a la que el propio escrito de la sociedad promotora se refiere como «red de distribución de gas» pueda ser concebida como una sucesión de acometidas». En efecto, la definición no parece ajustarse a la realidad y puede tener consecuencias relevantes.

³⁹⁷ Este artículo fue añadido por el RD 942/2005, de 29 de julio, que modifica determinadas disposiciones en materia de hidrocarburos, con el objetivo de clarificar la regulación sobre este tipo de instalaciones y especialmente cuestiones relacionadas con su financiación. Al respecto, PÉREZ AYALA DE BECERRIL, L., «El sistema gasista y sus agentes», *Derecho de la Energía*, La Ley-ENDESA, Madrid, 2006, p 496.

³⁹⁸ Nótese que con estas referencias específicas no abarca todas las instalaciones incluidas en cada una de las redes, lo cual podría constituir una omisión. No obstante, a continuación, al establecer el régimen concreto para la obtención de las autorizaciones, se refiere, no a instalaciones singulares, sino a cada una de las redes que lo conforman, subsanando así cualquier posible exclusión.

Más específicamente, el artículo 67.1, estipula: «requieren autorización administrativa previa, en los términos establecidos en esta Ley y en sus disposiciones de desarrollo, la construcción, explotación, modificación, y cierre de las instalaciones de la red básica y redes de transporte (...), sin perjuicio del régimen jurídico aplicable a los almacenamientos subterráneos de acuerdo con el Título II de la presente Ley». Por su parte, el artículo 73.2, establece lo relativo a las instalaciones de distribución: «estarán sujetas a autorización administrativa previa, en los términos establecidos en esta Ley y en sus disposiciones de desarrollo, la construcción, modificación, explotación y cierre de las instalaciones de distribución de gas natural con independencia de su destino o uso». El régimen de los almacenamientos subterráneos se estudia en un epígrafe aparte.

Consecuentemente, puede decirse que toda construcción, modificación, ampliación y cierre de las instalaciones que conforman el sistema gasista descrito anteriormente, requieren autorización administrativa previa, sin perjuicio de las excepciones que se señalan a continuación y de lo establecido específicamente, con respecto a los almacenamientos subterráneos, que se rigen por la normativa concreta relativa a exploración, investigación y explotación de yacimientos de hidrocarburos.

Por otra parte, el RLSH establece que a todas las acometidas les será de aplicación el régimen de autorizaciones y declaración de utilidad pública previsto en el mismo Reglamento (27.3 RLSH). Estos aspectos se estudian en detalle posteriormente.

Quedan exceptuadas de la obligación de solicitar autorización, según lo dispuesto por el artículo 55.2 de la LSH, y por lo tanto, pueden realizarse libremente sin más requisito que el cumplimiento de las condiciones técnicas de seguridad y medioambientales, las siguientes instalaciones: todas las que tengan por objeto el consumo propio, no pudiendo suministrar a terceros; las relativas a la fabricación, mezcla, almacenamiento, distribución y suministro de combustibles gaseosos desde un centro productor en el que el gas sea un subproducto; las que estén destinadas al almacenamiento, distribución y suministro de GN a un usuario o a un bloque de viviendas; y, las líneas directas.

Además, hay un supuesto especial excluido del régimen de autorización. Se trata de los proyectos de instalaciones necesarias para la defensa nacional consideradas de interés

militar conforme a la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés nacional y su normativa de desarrollo (art. 55.3 LSH).

5. Órgano competente para otorgar la autorización de instalación.

De conformidad con la distribución competencial establecida, la LSH atribuye a la AGE y a las CCAA, la competencia para otorgar las autorizaciones de instalaciones del sistema gasista. Ésta se delimita, básicamente, en razón de la extensión y el aprovechamiento de la instalación cuya autorización se solicita. De esta manera, la gran mayoría de las instalaciones de la red básica y de transporte deben ser autorizadas por la AGE³⁹⁹.

Continuando con la tendencia que se venía observando a lo largo de la historia del servicio, las Administraciones Locales quedan cada vez más aisladas de este proceso de otorgamiento de la autorización sustantiva. No obstante lo cual, los procedimientos establecidos al efecto, instituyen trámites de información a todas las administraciones afectadas por la autorización de instalaciones y, en principio, se han dejado a salvo las competencias sobre ocupación de bienes o derechos de titularidad local que, en su caso, les corresponda otorgar de acuerdo con la legislación de régimen local. No obstante, lo establecido en la Ley de 13/2003 que regula el contrato de concesión de obras públicas en un intento por dar coherencia al tratamiento de todo el sistema de infraestructuras de interés general, y por tanto del sector energético, ha dejado sin contenido algunas disposiciones de la LSH, en el caso de determinadas infraestructuras, al establecer en su DA duodécima: «1. Se regirán por su legislación específica, las obras e instalaciones relacionadas con el sistema de transporte y distribución de (...), el gas y los hidrocarburos»; y en su punto 2 adiciona que, sin perjuicio de lo anterior, será de aplicación a las instalaciones de la red básica de transporte de GN regulada por el

³⁹⁹ Al respecto, CABALLERO SÁNCHEZ, R., señala con respecto a los hidrocarburos en general que: «Esa doble condición espacio-funcional (...) sobre la extensión del trazado físico y el alcance del aprovechamiento de una instalación es sin duda un factor de arrastre de competencias hacia la administración estatal. Primero porque la dimensión extracomunitaria de cualquiera de esas condiciones jugará a favor del Estado. Y segundo, porque la organización en red de buena parte de las infraestructuras de transporte y distribución otorga al sector una configuración como sistema de vasos comunicantes y determina la formación de un mercado unitario en el que las decisiones empresariales y administrativas tendrán fácilmente repercusión global o al menos superará los límites de la Comunidad autónoma» en «Régimen de los Hidrocarburos», op. cit., pp. 652-653.

artículo 59 de la LSH, cuyas autorizaciones sean competencia de la AGE, lo dispuesto en sus DA segunda y tercera. El contenido de estas disposiciones se detalla y analiza más adelante, por ahora quede señalado que la DA 2ª establece el principio básico de coordinación y colaboración entre Administraciones y la DA 3ª establece el procedimiento a seguir en el caso de las obras públicas de interés general.

Como complemento de lo establecido en la DA 12ª de la Ley 13/2003 en su DD única d)⁴⁰⁰ ha derogado el apartado 2 del artículo 5 de la LSH, en cuanto resulte aplicable a las «instalaciones de la red básica de gas natural». El citado apartado 5.2 de la LSH dispone: «en los casos en los que no se haya tenido en cuenta la planificación de dichas instalaciones en instrumentos de ordenación o de planificación descritos en el apartado anterior, o cuando razones justificadas de urgencia o excepcional interés para el suministro de (...) gas natural aconsejen el establecimiento de las mismas, y siempre que en virtud de lo establecido en otras leyes resultase preceptivo un instrumento de ordenación del territorio o urbanístico según la clase de suelo afectado, se estará a lo dispuesto en la legislación sobre régimen del suelo y ordenación del territorio». Los instrumentos de ordenación o de planificación a que se refiere el apartado 1 del mismo artículo son «el instrumento de ordenación del territorio, de ordenación urbanística o de planificación de infraestructuras viarias según corresponda».

Antes de realizar el análisis las disposiciones apuntadas es necesario definir a cuáles instalaciones les son aplicables⁴⁰¹ en virtud de la distribución de competencias establecida en la LSH en esta materia.

⁴⁰⁰ Esta Ley ha sido incorporada al Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio, de manera que, como afirma MARTÍN REBOLLO, L., «La Ley 13/2003, no tiene, aisladamente, sustantividad propia» e incluso señala «la citada Ley contiene, varias Disposiciones Adicionales propias, que no se integran, ni afectan a ninguna otra Ley» y entre ellas enumera las Disposiciones adicionales primera, segunda y tercera sobre la cual apunta: «La Tercera reitera una técnica ya conocida acerca de la conexión de obras públicas y planeamiento urbanístico, precisando que dichas obras no estarán sometidas a licencia o a cualquier otro acto de control preventivo municipal, generalizando así una formula prevista ya en otras leyes anteriores.» En el apartado 6. del comentario al Título V del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Leyes Administrativas, Aranzadi, 2003, p. 689. Esta cita sirve de base para señalar la necesidad de coherencia y unidad en la normativa vigente en materia de hidrocarburos.

⁴⁰¹ En este sentido, aunque referido a las empresas eléctricas, el profesor LÓPEZ RAMÓN, F., señala: «Partiendo de una cierta tibieza de la legislación urbanística, la jurisprudencia primero y luego la

A. Competencia de la Administración General del Estado

El artículo 3.2. c) de la LSH ha modificado por el artículo único.1 de la Ley 12/2007, para ampliar de manera significativa el ámbito de actuación de la AGE en esta materia otorgándole la competencia para «autorizar las instalaciones que integran la red básica de gas natural, así como aquéllas otras instalaciones de transporte secundario y de distribución a que se refiere la presente Ley cuando salgan del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma». Asimismo, informará, con carácter vinculante, las autorizaciones de aquellas instalaciones de la red de transporte secundario que sean competencia de las CCAA. Dicho informe «hará referencia explícita a las condiciones a aplicar en el procedimiento de adjudicación». Más adelante se volverá sobre este tema, por ahora interesa apuntar que según el ordenamiento vigente, la DGPEM del MITC es el órgano de la AGE que ejerce esta competencia, sin perjuicio de que sean las Direcciones de las áreas o, en su caso, dependencias de ese Ministerio, o de las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno de las provincias donde radique la instalación, las que lleven a cabo la tramitación de los expedientes de autorizaciones administrativas (art. 69.2 RLSH).

B. Competencia de las Comunidades Autónomas.

Por su parte, las CCAA, según lo establecido en el artículo 3.3.d) de la LSH, son competentes para otorgar la autorización de instalación respectiva cuando se trate de «instalaciones cuyo aprovechamiento no afecte a otras Comunidades o el transporte o la distribución no salga de su ámbito territorial»⁴⁰². Debe entenderse que, de las

legislación sectorial han configurado ámbitos de actuación no sujetos a las reglas urbanísticas, en relación con las grandes obras públicas estatales o autonómicas. Últimamente, la excepción de la necesidad de la licencia urbanística municipal se ha generalizado en todas las obras públicas de interés general. Se ha llegado así a una situación de desconsideración de los intereses públicos no eléctricos, en relación con la protección del medio ambiente, la tutela del paisaje, la utilización racional de los recursos naturales y la defensa del patrimonio cultural.» «Infraestructuras de energía y Ordenación del territorio», Ponencia presentada en el XV Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo. *El Derecho de la Energía*, Sevilla-Córdoba, 20 a 22 de mayo de 2004, pp. 5-6.

⁴⁰² En esos términos está recogida, con anterioridad a la LSH, esta competencia en los distintos estatutos de autonomía: La Ley 2/2007, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía (BOE núm. 68, de 20 de marzo de 2007) establece en su artículo 49 la competencia compartida sobre «Las instalaciones de producción, distribución y transporte de energía, cuando este transporte transcurra íntegramente por el territorio de Andalucía y su aprovechamiento no afecte a otro territorio (...) Asimismo le corresponde el

instalaciones referidas, están excluidas todas las que sean parte de la red básica, pues la autorización de éstas corresponde a la AGE, según se vio. Por lo tanto, la interpretación de este inciso debe realizarse en sentido restringido, refiriéndolo solamente a las instalaciones de la red secundaria y/o de distribución.

La distribución competencial establecida por la CE vigente ha dado lugar a un importante debate sobre esta materia y podría decirse que, la solución adoptada, aunque consolidada, no es pacífica⁴⁰³. Pese a la interpretación del TC, en el sentido de que la supraterritorialidad de las instalaciones es un criterio delimitador de la competencia, aún queda una cuestión por resolver, la referida a la competencia atribuida al Municipio por el artículo 25.2.d) de Ley 7/1995, Reguladora de las Bases del Régimen Local, sobre «ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística». La LSH originalmente parece dejar a salvo la competencia de los municipios en esa materia, pero lo cierto es que no se les considera, directamente, ni siquiera en el procedimiento establecido para formular la planificación energética.

otorgamiento de autorización de estas instalaciones». En Aragón, la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril (BOE núm. 97, de 23 de abril de 2007), en el art. 71 establece su competencia exclusiva sobre «Energía, que comprende en todo caso: la regulación de las actividades de producción, almacenamiento, transporte, de cualesquiera energías incluidos los recursos y aprovechamiento (...) de gas natural (...); el otorgamiento de las autorizaciones de las instalaciones correspondientes existentes, cuando se circunscriban al territorio de la Comunidad y su aprovechamiento no afecte a otra Comunidad Autónoma; de manera similar lo hace Navarra en el artículo 44.6 de su Estatuto. Por su parte, el Principado de Asturias en el art. 10. 32 señala que tiene competencia exclusiva sobre «Instalaciones de producción, distribución, transporte y fluidos energéticos, cuando su transporte no salga de Asturias o su aprovechamiento no afecte a otra comunidad. Todo ello sin perjuicio de lo establecido en los números 22 y 25 del apartado 1 artículo 149 de la Constitución.». De igual forma lo recogen Cantabria en el art. 24.31 y la Comunidad de Castilla La Mancha en el art. 31.27; Extremadura en el art. 7.28; Madrid, en el art. 26.1.11; Murcia, art. 10.28. El artículo 30.26 del Estatuto de Autonomía de Canarias señala su competencia exclusiva sobre: «Instalaciones de producción, distribución, y transporte de energía, de acuerdo con las bases del régimen minero y energético». Más expresamente en relación con el GN, lo hace la Comunidad de Castilla y León en el artículo 32.29 «instalaciones de producción, de distribución y de transporte de cualesquiera energías, incluidos los recursos y aprovechamientos hidroeléctricos, eólicos, de gas natural y de gases licuados...»; la Rioja utiliza también esta última fórmula art. 8.18. El País Vasco en el artículo art. 10.11.

⁴⁰³ Sobre este tema, BASSOLS COMA, M., *Las obras públicas y el urbanismo. Los actos de uso del suelo y la ejecución de obras promovidas por la Administración del Estado*, Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, Colección Monografías, Madrid, 1994, p. 154 y MENÉNDEZ REXACH, A., *Régimen urbanístico de las obras públicas*, inédito, material de clase del Master en Derecho y Administración Local, Universidad Autónoma de Madrid, 2006.

Por otro lado, en relación con las instalaciones receptoras comunes (IRC), a las CCAA les ha sido atribuida la competencia para determinar, en aplicación de los criterios que establezca el Gobierno-, en qué casos la extensión de las redes de gasoductos corresponde a una extensión natural de la red de distribución o se trata de una línea directa o una acometida⁴⁰⁴.

C. La coordinación y cooperación entre Administraciones en relación con la construcción de instalaciones

Estos son principios que tienen especial trascendencia en sectores como el del GN donde concurren diversos títulos competenciales atribuidos a distintas Administraciones públicas. De ahí que, la trascendencia de lo establecido en la DA 12ª de la Ley 13/2003, referida a las «instalaciones de la red básica de transporte»⁴⁰⁵ de gas natural reguladas por el artículo 59 (...) cuyas autorizaciones sean competencia de la Administración General del Estado» que remite a las DA 2ª y 3ª⁴⁰⁶ del mismo texto normativo referidas, respectivamente, a la «colaboración y coordinación entre Administraciones Públicas» y a la «construcción de obras públicas de interés general»⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ Esta competencia ha sido atribuida a las CCAA dados los conflictos que se han presentado ante la delimitación de lo que es una acometida y una IRC. Vid. Epígrafe III.3 D del capítulo tercero.

⁴⁰⁵ Esta alusión al «transporte» puede causar confusión pues las infraestructuras de la red básica, reguladas en el citado artículo no sólo son de transporte, por tanto cabe la duda sobre si se quería limitar a las instalaciones propias de esta red que se utilizan para el transporte o a todas las comprendidas en esta, pues además el segundo criterio, la competencia del Estado para su autorización las incluye a todas.

⁴⁰⁶ Un estudio en detalle de estas Disposiciones puede verse en: FERNÁNDEZ FARRERES, G., «La planificación y ejecución de las obras públicas estatales y su articulación con otros planes de obras y con la ordenación territorial y urbanística. Comentarios a las Disposiciones Adicionales primera a tercera de la Ley de concesión de obra pública», en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones públicas*, Coord. Rafael Gómez-Ferrer Morant, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1283-1460; y, SANZ GANDÁSEGUI, F., «La articulación de las competencias del Estado en materia de obras públicas de interés general destinadas a infraestructuras de transporte con las competencias de las comunidades autónomas y las entidades locales; en especial la proyección de las competencias estatales en la ordenación del territorio y urbanismo: las disposiciones adicionales segunda y tercera de la Ley de concesiones» en *Comentarios a la nueva Ley 13/2003 de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pp. 339-400.

⁴⁰⁷ Sobre estas Disposiciones adicionales 2ª y 3ª de la Ley 13/2003, EMBID IRUJO, A., y COLOM PIZUELO, E., han puesto de manifiesto que «(...) traducen de manera expresa en la norma la doctrina de las sentencias del Tribunal constitucional, dictadas con ocasión del análisis del alcance de la competencia sobre las obras públicas concretas de interés general y su articulación con el ejercicio de competencias

La DA 2ª⁴⁰⁸ de la Ley 13/2003 en su apartado primero se refiere precisamente a «los deberes de recíproca información, colaboración y cooperación mutuas», que debe ordenar el «ejercicio de sus actuaciones de planificación y construcción de obras públicas». Aún más, señala que en caso de que los procedimientos de colaboración establecidos resulten insuficientes, y cuando se justifique «por la incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general, el Estado, en ejercicio de su competencia exclusiva sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, podrá coordinar los planes de obras públicas competencia de las comunidades autónomas con los planes de obras públicas de interés general». Consecuentemente, esta Ley 13/2003 introduce normas que matizan las establecidas en la LSH, pese a que la propia DA 12ª de la misma Ley establezca que las infraestructuras del sector energético «se regirán por su legislación específica» y pese a que, en el sector del GN, se trata de obras que, aunque de interés general no necesariamente se financian y construyen con la participación del Estado. Por lo tanto, no en pocos casos se trata de obras de titularidad privada.

Por otro lado, la falta de coordinación y colaboración entre las Administraciones, de acuerdo con la Ley 13/2003, tiene unos efectos jurídicos específicos estipulados en la misma Ley. De conformidad con la DA 2ª. 2 de la Ley 13/2003 «La Administración del Estado deberá colaborar con las Administraciones de las comunidades autónomas y las entidades locales a través de los mecanismos de coordinación y cooperación legalmente establecidos, a fin de articular la planificación y construcción de las obras públicas de interés general con los planes de ordenación territorial y urbanística». Y seguidamente dispone «En defecto de acuerdo entre las Administraciones públicas, y sin perjuicio de lo previsto en la legislación medioambiental, los planes y proyectos de obras públicas de competencia del Estado prevalecerán sobre cualquier instrumento de planificación u ordenación territorial o urbanística en lo que se refiere a las competencias estatales exclusivas, en cuyo caso las comunidades autónomas y las corporaciones locales

concurrentes» *Comentarios a la Ley Reguladora de Concesión de Obras Públicas*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, p. 179.

⁴⁰⁸ Que tiene carácter básico, según la DF 1ª de esta misma Ley 13/2003.

deberán incorporar necesariamente en sus respectivos instrumentos de ordenación las rectificaciones imprescindibles para acomodar sus determinaciones a aquéllos».

De momento, quede señalado que siguiendo la tendencia observada a lo largo de la historia, las competencias quedan básicamente localizadas en el Gobierno, al menos en cuanto se refiere a las infraestructuras de la red básica del sistema por su condición de infraestructuras de interés general, y en la medida en que, no es difícil justificar la incidencia de las instalaciones de dicha red sobre la actividad económica general. Ello sin perjuicio de que deba examinarse cada caso específico.

Todo ello, en términos generales, con independencia de las competencias otorgadas a las CCAA, de la consideración del carácter público o privado de la instalación, siempre que sea de interés general de conformidad con el artículo 124. 1.24ª de la CE⁴⁰⁹, e incluso, puede decirse, de la propia autonomía municipal, lo cual, no es ninguna novedad⁴¹⁰.

6. Condiciones y requisitos exigibles al solicitante de una autorización de instalación.

La LSH reseña, en términos generales, en dos artículos distintos –67 y 73-, la normativa correspondiente a las condiciones y requisitos⁴¹¹ que deben cumplirse por un lado, para la obtención de una autorización de instalaciones de la red básica y la red de transporte secundario, y por otro, para las de distribución. Sin embargo, en ambos casos, éstos son sustancialmente parecidos. Para todas las instalaciones deben cumplirse básicamente los

⁴⁰⁹ Como explica el Prof. FERNÁNDEZ FARRERES, G., «(...) aunque el criterio territorial también se toma en consideración, en realidad es el «interés general» de la obra el criterio último en el que descansa el reparto competencial, lo que explica que aún cuando la obra no afecte sino a una única Comunidad Autónoma, la obra puede ser de competencia estatal», a continuación cita y analiza la jurisprudencia del TC que ha dado origen a esta doctrina, en «La planificación y ejecución...», op. cit. 1398-1399.

⁴¹⁰ Vid. NIETO GARCÍA, A., «Un supuesto concreto de implantación de redes en el dominio local: el servicio telefónico», en *Municipios y redes de servicios públicos*, ponencias de las Segundas jornadas de Derecho Local, Caixa de Catalunya, Girona, 1989, p. 267 y ss; y, LÓPEZ RAMÓN, F., «Infraestructuras de energía y ordenación del territorio» Ponencia presentada en el XV Congreso Italo-Español de profesores de Derecho Administrativo, *El Derecho de la energía*, Sevilla-Córdoba, 20-22 de mayo de 2004, p. 5.

⁴¹¹ De acuerdo con GALLEGO ANABITARTE, deberían llamarse en correcto lenguaje jurídico: «modos y cargas». «El sector del gas en la Ley de Hidrocarburos de 1998. Algunas notas», en *REDETI*, núm. 8, junio 2000, p. 249.

misimos requisitos. De hecho, al reglamentarse la materia, se ha establecido un único procedimiento para todas las instalaciones cuya autorización es competencia de la AGE. Dichos requisitos están referidos a cuatro aspectos específicos: i) Las condiciones técnicas y de seguridad de las instalaciones propuestas. ii) El adecuado cumplimiento de las condiciones de protección del medio ambiente. iii) La adecuación del emplazamiento de la instalación al régimen de ordenación del territorio y; iv) la capacidad legal, técnica y económico-financiera para la realización del proyecto.

Como ya se ha apuntado, pese a que en principio se trata del procedimiento de una autorización de instalación, como lo señala el reglamento, al reunirse la autorización de instalación y la de actividad en una sola, los modos y cargas exigidos están establecidos tanto con referencia al ejercicio de la actividad como en orden a la autorización de la instalación. De ahí, resulta una combinación entre los requisitos que se estipularían para una licencia subjetiva y los propios de una autorización de instalación. En esos términos, el artículo 74 RLSH dispone: «los solicitantes de las autorizaciones de instalaciones de transporte y distribución de gas natural a las que se refiere el presente título deberán cumplir los requisitos establecidos para el desarrollo de esta actividad en los artículos 5 y 9 del presente Real Decreto respectivamente, relativos a requisitos de los sujetos para el ejercicio de la actividad de transporte y de distribución, y acreditar su capacidad legal, técnica y económico financiera para la realización del proyecto». El artículo alude al cumplimiento de los requisitos para el ejercicio de la actividad como si no fuera éste el único momento procesal en que se verifica su observancia. Y aunque incluye la preposición “y” en la frase final, lo cierto es que los citados artículos contienen precisamente las especificaciones de los tres aspectos de la capacidad referidos. Por tanto, es una reiteración innecesaria. Dichos requisitos se detallan a continuación.

A. Capacidad del solicitante –legal, técnica y económico financiera-

En primer lugar, se estudia lo referente a las especificaciones sobre los aspectos relativos a la capacidad legal, técnica y económico-financiera que debe cumplir el solicitante de una autorización, ya que ésta es condición podría decirse previa y determinante para el otorgamiento de la autorización. A la falta de una de estas condiciones está referido uno de los posibles motivos de denegación de la autorización

de las instalaciones⁴¹². Por tanto, en un primer momento, deben constatarse las respectivas exigencias de separación jurídica de los sujetos, al menos de los nuevos entrantes al sistema, ya que los que estaban establecidos en el sector, de acuerdo con la DT 7ª 1 y 2 de la LSH, tenían un plazo de dos años, para ajustarse a esta normativa., es decir, para separar jurídicamente sus actividades, y uno, para llevar a cabo la separación contable, contados desde la entrada en vigor de la LSH. El RLSH especifica qué debe entenderse por cada uno de estos tres aspectos relativos a la capacidad del solicitante.

a. Capacidad legal

El sujeto solicitante debe revestir la forma de sociedad mercantil de nacionalidad española o de otro Estado miembro de la Unión Europea con establecimiento permanente en España (art. 5.2 y 9.2 RLSH). Al respecto, hay que mencionar que la LSH, no estipula expresamente la posibilidad de que la autorización sea otorgada a una persona física, situación que sí parece estar estipulada en la Directiva del Gas⁴¹³. Por su parte, el aspecto referido al establecimiento permanente en España puede explicarse, entre otros motivos, por las obligaciones impuestas en relación con la llevanza de la contabilidad, que se estudiarán en detalle posteriormente, según las cuales ésta debe realizarse conforme al Capítulo VII de la Ley de Sociedades Anónimas. De ahí que sea necesaria la existencia de una mínima estructura, para tales efectos, sujeta a la legislación nacional. En el entendido de que esta exigencia no puede ser un obstáculo para la libre prestación de servicios, especialmente considerando la doctrina y

⁴¹² El artículo 67.5 de la LSH señala: «El incumplimiento de las condiciones y requisitos establecidos en las autorizaciones o la variación sustancial de los presupuestos que determinaron su otorgamiento podrán dar lugar a su revocación. La administración competente denegará la autorización cuando no se cumplan los requisitos previstos legalmente o la empresa no garantice la capacidad legal, técnica y económica necesaria para acometer la actividad propuesta.». Sobre este tema, CANO CAMPOS, T., *La invalidez sobrevinida de los actos administrativos*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, p.382.

⁴¹³ Posibilidad que sí se desprende del artículo 2 de la Directiva del Gas. Este artículo define «Compañía de gas natural: cualquier persona jurídica o física que realice al menos una de las actividades siguientes: producción, conducción, distribución, suministro, compra o almacenamiento de gas natural, incluido el gas natural licuado y que lleve a cabo tareas comerciales, técnicas o de almacenamiento relacionadas con estas funciones, pero sin incluir los clientes finales.»

jurisprudencia comunitarias, con base en la cual este requerimiento podría no ser conforme al artículo 43 del tratado que establece el derecho de establecimiento⁴¹⁴.

Tratándose de solicitudes de instalaciones de la red básica o de transporte secundario, el RLSH ha especificado que las sociedades deberán tener «como único objeto social la actividad de transporte definida en el párrafo a) del artículo 58 de la citada Ley 34/1998, pudiendo incluir entre sus activos gasoductos de la red secundaria de transporte» (5.2 RLSH). No obstante, hay que recordar nuevamente, que el citado párrafo define al sujeto transportista y no a la actividad. –y hasta la promulgación de la Ley 12/2007 lo definía precisamente a partir de la titularidad de tales instalaciones-, por tanto es una referencia, en alguna medida, vacía de contenido, pues la LSH no llega a definir la actividad de transporte.

En el caso de la distribución, el RLSH especifica que las sociedades solicitantes «no podrán desarrollar directamente actividades de comercialización de GN, ni ser titulares de instalaciones de la red básica de gas natural» (9.2 RLSH). Esta última especificación resultaba incongruente con la definición de distribuidor contenida en la LSH, pues al excluir sólo las instalaciones de la red básica, de alguna manera abre la posibilidad de poseer instalaciones de la red de transporte secundario, desbordando la definición de distribuidor contenida en el artículo 58 c) LSH, que lo definía a partir de la posesión de instalaciones específicamente de la red de distribución. Consecuentemente, había que concluir que, tratándose de una disposición reglamentaria que desborda la definición de distribuidor contenida en la norma con rango de Ley, la deja en situación de ilegalidad. Aunque por otra parte, el RLSH lo que viene ha hacer es incluir en la norma una

⁴¹⁴ En este sentido, GARCIMARTÍN, F., «El TJCE lo ha dicho alto y claro: la libertad de establecimiento comunitaria obliga a reconocer las sociedades constituidas conforme a la ley de otro Estado miembro, aún cuando no tenga en ese Estado su administración central, ni su explotación principal, ni –incluso- ningún otro establecimiento», en «La libertad de establecimiento y el reconocimiento de los tipos societarios extranjeros: una revisión de la jurisprudencia del TJCE», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 252, 2006, año XXII, p. 131. Al tema del «Derecho de sociedades» está dedicado este número de la Revista, sobre el cual EMBID IRUJO, J. M., señala que: «No parece lógico, así, el propósito de ordenar jurídicamente un mercado común, sin prestar atención al régimen de los sujetos actuantes en dicho mercado», en «Aproximación al Derecho de sociedades de la Unión Europea: de las Directivas al Plan de acción», p. 5, cuestión a la que hasta el momento parece ser que no se ha dedicado suficiente atención. También en el mismo número «La unificación de la noción de domicilio social en el Derecho internacional y en el Derecho comunitario», Traducido del original francés por Linda Navarro Matamoros.

realidad existente en la práctica que no estaba establecida en la LSH. Tanto que, el artículo único.8 de la Ley 12/2007 añade un nuevo párrafo al inciso c) del artículo 58 que literalmente dice: «Los distribuidores también podrán construir, mantener y operar instalaciones de la red de transporte secundario...». Por tanto, una vez más, la LSH se ajusta a la normativa reglamentaria incluyendo esta posibilidad (transportista-distribuidor), a la vez que modifica las definiciones de los sujetos para hacer desaparecer el ligamen entre el sujeto y la posesión de determinadas instalaciones como se verá en el capítulo siguiente.

b. Capacidad técnica

La capacidad técnica se acredita a través de una memoria explicativa que debe especificar, de acuerdo con el RLSH, «los planes y sistemas, así como los medios técnicos y personales que se van a poner al servicio y mantenimiento de las instalaciones, detallando los dedicados a la construcción, gestión y mantenimiento de las instalaciones». Dicha capacidad se tendrá por suficientemente acreditada, tanto para la posesión de instalaciones de transporte como de distribución, cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos: haber ejercido la actividad de la que se trate, en el caso del transporte o la distribución, «directamente o a través de una filial que haya actuado como operador durante, al menos, los últimos tres años»; «contar entre sus accionistas con al menos, un socio que participe en el capital social con un porcentaje igual o superior al 25 por 100 y que pueda acreditar su experiencia en la actividad durante los últimos tres años» (arts. 5.3 y 9.3 RLSH). En este sentido, habría que decir, que se limita la entrada de nuevos actores.

c. Capacidad económico-financiera de la entidad

La capacidad económico-financiera de la entidad se puede acreditar mediante la aportación de la documentación respectiva que garantice la viabilidad económico-financiera de los proyectos que se pretenda realizar. Tratándose de las instalaciones de transporte, se considera suficientemente acreditada si la empresa solicitante cuenta con unos recursos propios afectos a la citada actividad, superiores a 5.000.000 de euros o el 25 por 100 del presupuesto de las nuevas instalaciones que pretenda realizar (art. 5.4 RLSH). En el caso de la distribución, los recursos propios afectos a la actividad deben

superar el monto de 1.000.000 de euros o el 50 por 100 del presupuesto de las nuevas instalaciones a realizar. En ambos casos, el MITC está autorizado para actualizar los montos mediante Orden ministerial.

B. Normas técnicas y de seguridad de las instalaciones propuestas. Previsión de una autorización independiente en esta materia.

En lo atinente a este tema, la LSH es bastante reiterativa, no se sabe si para poner énfasis en este aspecto o por desdén de la técnica legislativa. Lo cierto es que se encuentran diversas alusiones a esta materia dispersas por la Ley. En primer lugar, el artículo 6.2, en términos generales establece: «En lo referente a la seguridad y calidad industriales de los elementos técnicos y materiales para las instalaciones objeto de la presente Ley, se estará a lo dispuesto en la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, y demás disposiciones aplicables en la materia»⁴¹⁵. Por su parte, los artículos 67.2 a) y 73.3 a), disponen específicamente entre los requisitos que deben cumplir los solicitantes de autorizaciones, tanto de instalaciones de la red básica como de la red secundaria y de distribución: «el cumplimiento de las condiciones técnicas y de seguridad de las instalaciones propuestas». A partir de la regulación contenida en los artículos citados parece quedar claro el hecho de que las instalaciones del sistema gasista están sujetas a las disposiciones de la LI, cuya comprobación debe realizarse en el procedimiento de autorización respectivo.

⁴¹⁵ Recuérdese que esta Ley establece las bases de la ordenación del Sector Industrial, entre cuyos fines se encuentra la consecución de la calidad y la seguridad industriales. Además, esta ley es de aplicación supletoria, según su artículo 3.4 en todo lo no previsto en la LSH, en relación con las actividades de «generación, distribución y suministro de energía y productos energéticos» y las «actividades de investigación, aprovechamiento y beneficio de los yacimientos minerales y demás recursos geológicos, cualesquiera que fuera su origen y estado físico» (art. 3, 4. a) y b) LI). Sobre los antecedentes de la intervención administrativa en esta materia se puede consultar la obra dirigida por MARTÍN RETORTILLO, S., *Derecho Administrativo Económico*, específicamente la parte III del Tomo II, referido a la Industria, por FERNÁNDEZ FARRERES, G., Ed. La Ley, 1991, pp. 512-526. y con respecto a la legislación actual, IZQUIERDO CARRASCO, M., *La seguridad de los productos industriales, Régimen Jurídico Administrativo y protección de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 559; también, NEVADO BATALLA MORENO, P., «Nuevas perspectivas sobre el régimen de las medidas de seguridad en el ámbito industrial», en el Libro homenaje al Profesor Ramón Martín Mateo, t. II, p. 2655-2681; y sobre los medios de control de las medidas de seguridad industrial, FERNÁNDEZ FARRERES, G., «La infraestructura organizativa para la calidad y seguridad industrial y el ejercicio por particulares de funciones públicas de inspección y control», pp. 2575-2590.

No obstante lo anterior, la LSH insiste en el tema en otros lugares, causando cierta dispersión y hasta podría decirse confusión. Por un lado, el artículo 89, que está ubicado en el Capítulo VI relativo a la «Comercialización de combustibles gaseosos»⁴¹⁶, reitera la previsión del artículo 6 antes citada en relación con el cumplimiento de la LI, con la diferencia de que enumera las instalaciones del SG que deben ajustarse a dicha normativa y amplía este requisito para el caso de las instalaciones receptoras de los usuarios y los equipos de consumo, así como los elementos técnicos y materiales que las componen. Todo lo anterior, sin perjuicio de la normativa autonómica correspondiente⁴¹⁷ (art. 89.1 LSH).

En relación con las normas y reglamentaciones técnicas y de seguridad, por un lado, el artículo 66.5, en su redacción dada por el artículo único.15 de la Ley 12/2007 referido a la red de transporte, dispone la creación de «cuantas *normas técnicas* sean precisas para garantizar la fiabilidad del suministro de gas y de las instalaciones de la red de transporte y las a ella conectadas, con el objetivo de garantizar la protección y seguridad de las personas y sus bienes, la calidad y fiabilidad de su funcionamiento, la unificación de las condiciones de los suministros, la prestación de un buen servicio y serán objetivas y no discriminatorias».

Por otro lado, el artículo 89.2 «normas técnicas y de seguridad de las instalaciones», que se interpreta al hilo del artículo 66.5, pero que se refiere a todas las instalaciones, establece el objeto que deberán tener las *reglamentaciones técnicas*: «a) proteger a las personas y la integridad y funcionalidad de los bienes que puedan resultar afectados por las instalaciones, b) conseguir la necesaria regularidad en los suministros, c) establecer reglas de normalización para facilitar la inspección de las instalaciones, impedir una excesiva diversificación del material y unificar las condiciones del suministro, d)

⁴¹⁶ Antes de la reforma introducida por el artículo único.25 de la Ley 12/2007 este capítulo se denominaba «Suministro de combustibles gaseosos». Con la redacción vigente este artículo queda fuera de contexto.

⁴¹⁷ El citado artículo 89.1 dice: «1. Las instalaciones de producción, regasificación, almacenamiento, transporte y distribución de combustibles gaseosos, las instalaciones receptoras de los usuarios, los equipos de consumo, así como los elementos técnicos y materiales para las instalaciones de combustibles gaseosos deberán ajustarse a las correspondientes normas técnicas de seguridad y calidad industriales, de conformidad a lo previsto en la Ley 21/1992, de 16 de julio, de industria, sin perjuicio de lo previsto en la normativa autonómica correspondiente.»

obtener la mayor racionalidad y aprovechamiento económico de las instalaciones, e) incrementar la fiabilidad de las instalaciones y mejora de la calidad de los suministros de gas, f) proteger el medio ambiente y los derechos e intereses de los consumidores y los usuarios, g) conseguir los niveles adecuados de eficiencia en el uso del gas⁴¹⁸.

Aunque normas técnicas y reglamentaciones técnicas son dos conceptos que deben diferenciarse según la normativa comunitaria que regula la materia⁴¹⁹ y la propia LI, ello no parece distinguirse en la LSH. Se obvia así también, en alguna medida, la normativa que en el nivel de la Comunidad Europea se ha emitido, y que se encuentra expresamente referida en la Directiva del Gas, en cuyo artículo 5 se lee: «los Estados miembros velarán por que se elaboren y estén disponibles las normas técnicas que establezcan los requisitos técnicos mínimos de diseño y funcionamiento para la conexión a la red de instalaciones de GNL, instalaciones de almacenamiento, otras redes de conducción o de distribución y gasoductos directos. Dichas normas técnicas deberán garantizar la interoperabilidad de las redes, ser objetivas y no discriminatorias»⁴²⁰. Cuestiones que no se mencionan en la LSH.

⁴¹⁸ Sobre este tema, ÁLVAREZ GARCÍA, V., *La normalización industrial*, Tirant lo blanch, Universidad de Valencia, 1999, p. 471.

⁴¹⁹ El artículo 1.9 de la Directiva 83/189/CEE, modificado por la Directiva 94/10/CEE, define la reglamentación técnica como: «...una especificación técnica u otro requisito, incluso las disposiciones administrativas aplicables, la observación de las cuales es obligatoria de iure o de facto para la comercialización o la utilización en un estado o miembro o en una parte importante de este estado, de modo que, bajo reserva de aquellas contempladas en el artículo 10, las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los estados miembros cumplen una prohibición de fabricación, importación, comercialización o utilización de un producto», MOLES I PLAZA, R., *Derecho y calidad. El régimen jurídico de la normalización técnica*, Ariel Derecho, Barcelona, 2001, p. 332. (DIRECTIVA). Pese a que el artículo 89 de la LSH hace referencia tanto al término de «norma técnica» como «reglamentación técnica», sin que se denote ninguna diferencia entre ambos conceptos, en opinión de MOLES, en el contexto de la Unión Europea y en el marco de las Directivas relativas a la materia, «...la norma técnica tiene menor alcance normativo que la reglamentación». Define la reglamentación como una «especificación técnica, otro requisito o una disposición legislativa, reglamentaria o administrativa restrictiva del comercio, fabricación o uso de un producto». Al respecto también ÁLVAREZ GARCÍA, V. señala: «Existen dos tipos básicos de normas técnicas: las normas técnicas en sentido estricto, de aplicación voluntaria, y las reglamentaciones técnicas de naturaleza obligatoria», *La normalización*, op. cit., pp. 81-82.

⁴²⁰ Además estas normas según establece el mismo artículo deben ser notificadas a la Comisión, de acuerdo con el artículo 8 de la Directiva 83/189/CEE del Consejo, de 28 de marzo de 1983, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas, (DO L núm. 109, de 26 de abril de 1983) y modificada por la Directiva 96/139/CE, (DO L núm. 32, de 10 de febrero de 1996). Normativa que ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico Español a través del Real

A mayor abundamiento, la LSH prevé la imposición de una autorización específica al efecto de asegurar el cumplimiento de las normas y reglamentaciones técnicas, distinta de las autorizaciones hasta ahora señaladas. De conformidad con el artículo 89.3: «la construcción, ampliación o modificación de las instalaciones requerirá la correspondiente autorización administrativa en los términos en que reglamentariamente se disponga»⁴²¹. Sin embargo, a partir de este precepto, aún no se ha emitido ninguna reglamentación específica y continúa vigente la legislación que sobre la materia se promulgó en 1974, con algunas modificaciones posteriores⁴²², la cual no incluye, de momento, otra autorización administrativa sino inspecciones, pruebas y ensayos previos a la puesta en funcionamiento de las instalaciones. A este efecto, la LSH, dispone que: «las ampliaciones de las redes de distribución, dentro de cada zona autorizada, podrán ser objeto de una autorización para todas las proyectadas en el año» (art. 89.3 LSH).

En especial con relación a la protección y seguridad de las personas, la integridad y funcionalidad de sus bienes, y en general, para la salvaguardia de los derechos e intereses de los consumidores y los usuarios, la LSH otorga al Gobierno la potestad para adoptar las medidas necesarias para el establecimiento de la obligatoriedad de la cobertura de riesgos que puedan derivarse del ejercicio de las actividades del sector, ello en concordancia con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios⁴²³ (art. 90 LSH).

Decreto 1337/1999, de 31 de julio. Sobre este tema, Izquierdo Carrasco, *La seguridad...*, op. cit., p. 132 y ss.

⁴²¹ En este sentido, GALLEGU ANABITARTE, A, señala: «Así pues tenemos dos autorizaciones por lo menos: la autorización para instalaciones de regasificación, transporte, etc., (...) y una segunda autorización de construcción de la instalación correspondiente. Obviamente la primera autorización tiene una referencia al solicitante, mientras que la segunda es exclusivamente técnica.», en «El sector del gas...», op. cit., p. 34.

⁴²² Esta reglamentación está contenida en la OM de 18 de noviembre de 1974, por la que se aprueba el Reglamento de redes y acometidas de combustibles gaseosos, modificada por las órdenes: de 26 de octubre de 1983, (BOE de 8 de noviembre de 1983 y con corrección de errores BOE de 23 de julio de 1984), de 6 de julio de 1984 (BOE de 23 de julio de 1984), de 9 de marzo de 1994 (BOE de 21 de marzo de 1994); y, de 26 de mayo de 1998, (BOE de 11 de junio de 1998).

⁴²³ El artículo 30 de la citada Ley dice textualmente: «El Gobierno previa audiencia de los interesados y de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, podrá establecer un sistema de seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada de los daños causados por productos o servicios defectuosos y un fondo de

C. El adecuado cumplimiento de las condiciones de protección del medio ambiente.

La Ley de prevención y control integrados de la contaminación.

El cumplimiento de las condiciones de protección del medio ambiente es otro de los requisitos que debe acreditar todo solicitante de una autorización. A este aspecto se ha conferido especial relevancia en los últimos años y ha recibido un importante impulso a partir de la normativa comunitaria, de entre la que cabe destacar la Directiva 96/61/CE, del Consejo de 24 de septiembre, relativa al control integrado de la contaminación, cuyo objetivo es precisamente evitar, o al menos reducir, la contaminación producida por las instalaciones industriales, a través del establecimiento de los mecanismos de coordinación necesarios para el otorgamiento de un permiso que fija las condiciones ambientales exigidas para la explotación de las instalaciones. La incorporación de esta Directiva al ordenamiento interno español se llevó a cabo mediante la Ley 16/2002, de 1 de julio de prevención y control integrados de la contaminación⁴²⁴. Esta Ley es aplicable a las instalaciones de titularidad pública o privada en las que se desarrolle alguna de las actividades industriales entre las que figuran algunas actividades del sector de los combustibles gaseosos. No obstante, si bien el artículo 3 b) de la citada Ley clasifica como autorizaciones sustantivas las establecidas por la LSH, y establece la obligatoriedad de la autorización ambiental integrada, con carácter previo a la autorización sustantiva respectiva (art. 11.2 a)), las instalaciones enumeradas en el anejo 1 de la Ley no comprenden las incluidas en las redes del sistema del GN, lo que corrobora, en alguna medida, sus características positivas en relación con el respeto al medio ambiente.

De esta manera, en lo que respecta a este requisito, para el caso de las instalaciones que forman parte de las redes del sector del GN, la normativa aplicable está establecida el RD-Legislativo 1302/1986, de 28 de junio de 1986, de Evaluación de Impacto ambiental -modificado, entre otras, por la Ley 6/2001, de 8 de mayo de 2001, y la Ley

garantía que cubra, total o parcialmente, los daños consistentes en muerte, intoxicación y lesiones personales.» Así está redactado en la DF segunda de la Ley 22/1994, de 6 de julio.

⁴²⁴ Vid. CHINCHILLA, MARÍN, C. «La autorización ambiental integrada: la ley 16/2002, de 1 de Julio, de prevención y control integrados de la contaminación», *Revista andaluza de Administración Pública*, núm. 47, 2002, pags. 43-72.

9/2006, de 28 de abril-. Esta normativa establece la obligación de formular declaración de impacto ambiental, con carácter previo a la resolución administrativa que adopte la autorización de la instalación o actividad. En el caso de las instalaciones de gas, de acuerdo con el artículo primero del referido RD-Legislativo, tiene carácter preceptivo la evaluación de impacto ambiental para: todas las tuberías de transporte de gas con un diámetro de más de 800 milímetros y una longitud superior a 40 kilómetros (anexo 1 grupo 3 inc. f)), así como las tuberías para transporte de gas con un diámetro de más de 800 milímetros y una longitud superior a 10 kilómetros que se desarrollen en zonas especialmente sensibles designadas en aplicación de la Directiva 79/409/CEE, del Consejo de 2 de abril, relativa a la conservación de aves silvestres, y de la Directiva 92/43/CEE, del Consejo, de 21 de mayo, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, o en humedales incluidos en la lista del Convenio de Ramsar (anexo 1 grupo 9. b) 7º).

De conformidad con el artículo 1.4 del RD-Legislativo, la persona física o jurídica, pública o privada que se proponga realizar un proyecto debe acompañar a la solicitud de un documento con, al menos, el siguiente contenido: la definición, características y ubicación del proyecto, las principales alternativas que se consideran y análisis de los potenciales impactos de cada una de ellas, un diagnóstico territorial y del medio ambiente afectado. Además, especifica en concordancia con la LSH, que en los proyectos que deban ser autorizados o aprobados por la AGE, la solicitud y la documentación se debe ante el órgano con competencia sustantiva.

Por otra parte, el artículo 7 del RD-Legislativo 1302/1986 establece que corresponde a los órganos sustantivos por razón de la materia o a los órganos que, en su caso, designen las CCAA respecto a los proyectos que no sean de competencia estatal, el seguimiento y vigilancia del cumplimiento de la declaración de impacto ambiental. Sin perjuicio de ello, el órgano ambiental podrá recabar información de aquéllos al respecto, así como efectuar las comprobaciones necesarias en orden a verificar el cumplimiento del condicionado. Además, dispone que el órgano sustantivo debe comunicar al órgano ambiental el comienzo y final de las obras, así como el inicio de la fase de explotación. Por último, señala que las potestades sancionadoras corresponden al órgano sustantivo en los proyectos que deban ser autorizados o aprobados por la AGE.

D. La adecuación del emplazamiento de la instalación al régimen de ordenación del territorio y la adaptación de los proyectos al planeamiento urbanístico. Las excepciones establecidas en la Ley 13/2003 sobre las obras públicas de interés general.

Como se mencionó al establecer el régimen de competencias en esta materia, la LSH establece que, los instrumentos de ordenación del territorio y ordenación urbanística deben considerar la planificación de las instalaciones de transporte y distribución de GN (art. 5.1 LSH y 68.1 RLSH). De ahí que, el órgano competente para otorgar la autorización deba constatar la existencia de dichos instrumentos y, en su caso, la adecuación de las instalaciones a éstos.

Aunque éste es un requisito sobre el cual la LSH hace mucho énfasis, lo hace de manera general insistiendo en la necesidad de obtener todas las autorizaciones, permisos y concesiones que los trabajos, construcciones e instalaciones necesarios para el desarrollo objeto de las mismas pudieran requerir por razones fiscales, de ordenación del territorio y urbanismo entre otros (art. 6, 67.3 y 73.4 LSH), advirtiéndole que, en caso de no haberse tenido en cuenta la planificación de las instalaciones en los instrumentos respectivos, «o cuando por razones de urgencia o excepcional interés» para el suministro de GN sea aconsejable el establecimiento de las mismas, y «siempre que en virtud de lo establecido en otras Leyes resultase preceptivo un instrumento de ordenación del territorio o urbanístico según la clase del suelo afectado, se estará a lo dispuesto en la legislación sobre el régimen del suelo y ordenación del territorio que resulte aplicable» (art. 5.2 LSH).

No obstante lo anterior, como se mencionó antes, la DD única de la Ley 13/2003 de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, deroga lo señalado en el artículo 5.2 antes citado, aunque únicamente en lo aplicable a las «instalaciones de la red básica de transporte⁴²⁵». Y, de acuerdo con la DA duodécima, del mismo texto normativo, en estos casos, en lo que aquí interesa, señala: «1. Se registrarán por su

⁴²⁵ No es precisamente esa la denominación de la red en la LSH. Correctamente debería decir sólo “red básica”, según la redacción del propio artículo que cita.

legislación específica, las obras e instalaciones relacionadas con el sistema de transporte y distribución de (...) el gas y los hidrocarburos». Y en el apartado 2 del mismo artículo añade que, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, será de aplicación a «las instalaciones de la red básica de transporte de gas natural reguladas por el artículo 59 de la LSH, cuyas autorizaciones sean competencia de la Administración General del Estado, lo dispuesto en las disposiciones adicionales segunda y tercera de esta Ley».

Pues bien, en lo que aquí interesa, de acuerdo con lo señalado en la DA 12ª, en relación con la DA 3ª, ambas de la Ley 13/2003, se debe incluir en el procedimiento de autorización de las infraestructuras del sector que queden cubiertas por la Ley 13/2003, la participación de la Administración urbanística competente, al objeto de que informe sobre la adaptación de dichos proyectos al planeamiento urbanístico respectivo. Este informe debe emitirse en el plazo de un mes, pasado el cual, se entiende evacuado en sentido favorable. Una vez cumplido este procedimiento, la construcción, modificación y ampliación de las obras no estará sujeta a licencia o a cualquier otro acto de control preventivo municipal (DA 3ª.3). En su lugar, se realiza una simple comunicación por el Ministerio de Economía de las decisiones que finalmente se adopten por los órganos estatales competentes sobre la ejecución de las instalaciones a las CCAA y entidades locales afectadas, a fin de que procedan, en su caso, a modificar en lo que sea preciso los planes territoriales y urbanísticos correspondientes (DA 12ª.3 Ley 13/2003).

El apartado 2 de la DA 3ª de la Ley es muy claro al señalar que: «En el supuesto de que tales obras vayan a construirse sobre terrenos no reservados por el planeamiento urbanístico, y siempre que no sea posible resolver las eventuales discrepancias mediante acuerdo, de conformidad con la normativa de aplicación, la decisión estatal respecto a la ejecución del proyecto prevalecerá sobre el planeamiento urbanístico, cuyo contenido deberá acomodarse a las determinaciones de aquélla.» Consecuentemente, no procede la suspensión de la ejecución de las obras públicas de interés general por los órganos urbanísticos cuando estas se realicen en cumplimiento de los planes y proyectos de obras aprobados por los órganos competentes por el procedimiento establecido, o cuando se trate de obras de emergencia.

Por su parte, la DA 2ª de la Ley 13/2003, hace referencia a los deberes de recíproca información y de cooperación mutuas en el ejercicio de sus actuaciones de planificación

y construcción de obras públicas, según lo establecido por el ordenamiento vigente, que tienen la AGE, las Administraciones de las CCAA y las entidades locales. Y señala textualmente: «Si los procedimientos de colaboración resultaran ineficaces, y cuando se justifique por la incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general, el Estado, en el ejercicio de su competencia exclusiva sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, podrá coordinar los planes de obras públicas competencia de las Comunidades Autónomas con los planes de obras públicas de interés general»⁴²⁶.

En conclusión, las obras relativas a la red básica del SG, tienen la consideración de «obras públicas de interés general», pese a que, son llevadas a cabo por empresas privadas. Su calidad de «obras de interés general» hace que prevalezcan incluso sobre el planeamiento urbanístico. La Ley 13/2003 consolida este criterio al aplicarles el procedimiento establecido para las obras públicas, que son las que regula.

7. Condiciones generales de las autorizaciones de instalación.

En términos generales, la LSH, es clara en el sentido de que las autorizaciones a que aquí se alude, se otorgarán sin perjuicio de las concesiones, permisos y autorizaciones sobre protección de dominio público que sean necesarias, de acuerdo con otras disposiciones que resulten aplicables, así como la correspondiente legislación sectorial y, en especial, las relativas a la ordenación del territorio, urbanismo, al medio ambiente y seguridad para personas y bienes, o por razones fiscales (arts. 6, 67.3 y 73.4 LSH). Es decir, básicamente, en respeto de las condiciones analizadas en el epígrafe 6 anterior.

Además, atendiendo los objetivos de la LSH, en el caso de las instalaciones de la red básica y redes de transporte «La autorización en ningún caso se entenderá concedida en régimen de monopolio ni concederá derechos exclusivos» (art. 67.3 LSH). Para el caso de las instalaciones de distribución se disponía exactamente lo mismo, hasta una

⁴²⁶ El problema, en opinión de EMBID IRUJO, A. y COLOM PIAZUELO, E., «Reside en su excesiva generalidad. Se refiere a todo tipo de planes y proyectos de obras públicas de competencia del Estado, sin aludir específicamente a ninguno. Por tanto para conocer las obras públicas que son competencia del Estado, Comunidad Autónoma o Entidad local será preciso acudir a la (...) leyes sectoriales», *Comentarios a la Ley...*, op. cit., p.179.

reciente reforma realizada por el artículo 28 del RD-Ley 5/2005 de 11 de marzo, que modificó el artículo 73.4 dándole la siguiente redacción: «La autorización en ningún caso se concederá con derechos exclusivos de uso». Esta modificación se justifica, según la propia exposición de motivos, en el hecho de que «la coexistencia de varios distribuidores en un mismo ámbito territorial (...) puede llevar a la existencia de instalaciones redundantes y aumentar los costes de mantenimiento, con la consiguiente pérdida de eficiencia». Se parte «de la premisa de que la distribución (...) es una actividad regulada, que tiene carácter de monopolio natural, y sin perjuicio de que se habiliten cauces para el acceso de terceros a la red de distribución o la competencia por las autorizaciones, que eviten comportamientos oportunistas de los distribuidores». Con este mismo objetivo, el artículo 29 del mismo RD-Ley 5/2005 añade la DA vigésima tercera a la LSH que dispone: «Sobre la zona de distribución de gas natural de una autorización administrativa no podrán concederse nuevas autorizaciones para la construcción de instalaciones de distribución, debiendo cumplir las obligaciones de servicio de interés general y extensión de las redes, impuestas en la legislación y en la propia autorización administrativa. Todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 78» (El citado artículo 78 ordena lo relativo a las líneas directas). De esta manera, puede decirse que se vuelve, en alguna medida, a la situación anterior a la LSH, con la diferencia de que los distribuidores no pueden negar, excepto por las causas tasadas, el acceso de terceros a sus redes. Por un lado, la reforma es consecuente con la situación real que genera la consideración de las redes como monopolio natural⁴²⁷. Por otro, no parece tomar en consideración que la distribución puede llevarse a cabo a partir de plantas satélites de GNL.

Volviendo a las condiciones generales de las autorizaciones, la LSH establece que el incumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos en las autorizaciones o la

⁴²⁷ En este sentido se pronuncia la exposición de motivos del RD-Ley 5/2005 al afirmar: «Otras reformas adoptadas se orientan a eliminar prácticas ineficientes en el ámbito de la distribución, como la coexistencia de varios distribuidores en un mismo ámbito territorial, que puede llevar a la existencia de instalaciones redundantes y aumentar los costes de mantenimiento, con la consiguiente pérdida de eficiencia. A través de las reformas que se introducen, se evitan esas prácticas.

variación sustancial de los presupuestos que determinaron su otorgamiento pueden dar lugar a su revocación⁴²⁸ (art. 67.5 y 73. 6 LSH).

En general, la falta de resolución expresa tiene efectos desestimatorios⁴²⁹ y en todo caso «podrá interponerse recurso ordinario ante la autoridad administrativa correspondiente» (art. 73.4 LSH). Esta norma es especialmente significativa, no sólo porque constituye una excepción al criterio general del régimen del silencio administrativo, sino porque, en alguna medida, no es consecuente con la libertad de empresa, ya que al desconocerse el motivo por el cual se ha desestimado la solicitud, se lesiona el derecho del solicitante de ejercer la contradicción adecuada. Por otra parte, pone en duda el carácter reglado que, en principio, debe tener la autorización. Algún sector de la doctrina señala incluso, que «puede llegar a entrañar una reserva de discrecionalidad»⁴³⁰. Como de hecho podría ser, ya que pese a las interpretaciones doctrinales⁴³¹, la LSH en ningún momento establece el carácter reglado de esta autorización, aunque las causas establecidas para la denegación de las autorizaciones de instalación y actividad sean básicamente las mismas, y para aquélla sí esté dispuesto tal carácter.

⁴²⁸ Sobre este aspecto, GALLEGO ANABITARTE, A., ha señalado que: «Este es un precepto muy importante que supone una ruptura con el principio de irrevocabilidad de los actos declarativos de derechos, y ya se ha introducido en las grandes leyes de Aguas, de Costas y de Puertos: la posibilidad de revocar sin indemnización, una concesión o autorización cuando cambian las circunstancias que dieron lugar a su otorgamiento (...) Correctamente utiliza la expresión “revocación” (y no caducidad) para señalar la retirada de la autorización cuando el titular incumple (...)» en, «El sector del gas...» op. cit., pp. 248-249; CANO CAMPOS, T., «La revocación de las autorizaciones en el ámbito económico por razones de ilegalidad sobrevenida», en «Estudios de Derecho Económico», op. cit., p. 821.

⁴²⁹ En concordancia con ello, la DA octava de la LSH, dispone: «las solicitudes de resoluciones administrativas que deban dictarse conforme a lo dispuesto en la presente Ley se podrán entender desestimadas, si no recae resolución expresa en el plazo que al efecto se establezca o se determine en sus disposiciones de desarrollo».

⁴³⁰ En este sentido, FIESTAS HUMMLER, R., Regulación y libertad empresarial, en *Regulación sectorial...*, op. cit., pp. 80-81.

⁴³¹ Al respecto, GALLEGO ANABITARTE, A., apoyándose en el hecho de que las causas de denegación de la autorización son las mismas en ambos casos, señala «Es cierto que el artículo 80 dispone que la autorización para actuar como comercializador tiene carácter reglado, y este calificativo no aparece en la regulación de la autorización para las instalaciones (...) Pero no se puede deducir que esto signifique que estas dos autorizaciones de instalaciones (...) sean discrecionales.», «El sector del Gas...», op. cit., p. 242.

8. Causas de denegación de autorización de instalaciones

Las causas de denegación de una autorización de instalación están reguladas en los artículos 67.5 y 73.6 LSH, y son básicamente dos: «Cuando no se cumplan los requisitos previstos legalmente o la empresa no garantice la capacidad legal, técnica y económica necesarias para acometer la actividad propuesta». Dichas causas son las previstas para cualquier tipo de instalación y su ordenación parece tener implícita la distinción entre títulos habilitantes para la instalación y para el ejercicio de la actividad, pues distingue el cumplimiento de éstos últimos como si no estuvieran incluidos en los «previstos legalmente» y además, lo hace con una «o» excluyente.

Sobre este tema, el artículo 4.4 de la Directiva del Gas establece, en términos generales, que los motivos de una denegación deben ser objetivos y no discriminatorios. Asimismo, debe informarse de ellos al solicitante y comunicarse a la Comisión a efectos informativos. Adicionalmente, dispone que debe establecerse un plazo que permita recurrir contra las denegaciones y que «cuando se trate del desarrollo de zonas en las que el suministro sea reciente y de la eficacia de la explotación, en general, los Estados miembros podrán denegar nuevas autorizaciones para la construcción y explotación de redes de gasoductos de distribución en una zona determinada, una vez que se hayan cumplido o se haya propuesto la construcción de dichas redes de gasoductos en la citada zona y cuando no esté saturada la capacidad de transporte existente o propuesta». La LSH no establece ningún supuesto específico que comprenda esta circunstancia.

9. La sustitución de las concesiones de actividad otorgadas bajo la vigencia de la Ley del Gas por autorizaciones de instalación y actividad. La extinción de la reversión.

En relación con las concesiones de actividad incluidas en el servicio público de gases combustibles por canalización en vigor al momento de la entrada en vigencia de la LSH, la DA sexta de ésta última, señala, que «todas las concesiones para actividades incluidas en el servicio público de suministro de combustibles gaseosos por canalización quedan extinguidas» y se «entienden sustituidas de pleno derecho por las autorizaciones administrativas (...) que habilitan a su titular para el ejercicio de las actividades, mediante las correspondientes instalaciones que constituyeran el objeto de las concesiones extinguidas». Luego añade: «Las citadas autorizaciones lo serán por tiempo

indefinido quedando expresamente extinguida la reversión de instalaciones a la que se refiere el artículo 7. c)⁴³², de la Ley 10/1987, de 15 de junio»⁴³³. La extinción de la reversión constituye uno de los signos más claros del cambio regulatorio.

Por otra parte, en el caso de la construcción de instalaciones de distribución, de acuerdo con una modificación a la DT decimoquinta de la LSH, sobre la zona de distribución de GN de una concesión que ha devenido en autorización no podrán concederse nuevas autorizaciones para la construcción de instalaciones de este tipo hasta el 1 de enero del año 2005 o hasta la vigencia del plazo de la concesión original si éste es anterior a dicha fecha⁴³⁴, teniendo que cumplir durante ese período con las obligaciones de desarrollo y extensión de las redes impuestas en virtud de la concesión y salvo saturación de capacidad de las instalaciones. Todo ello sin perjuicio de la construcción de líneas directas que puedan realizarse. Al respecto, hay que señalar que si bien se trata de un régimen transitorio, -que de hecho ya ha perdido vigencia-, tal regulación podría considerarse dentro de unos límites razonables, con miras a la seguridad del suministro. Sin embargo con esta norma rompía la regla general señalada antes en procura del interés general, en el sentido de que la autorización «en ningún caso se entenderá concedida en régimen de monopolio ni concederá derechos exclusivos», ambas vigentes en el mismo momento. Esta situación en cualquier caso ha quedado corregida con la reforma introducida por el artículo 29 del RD-L 5/2005, que se comentó antes.

⁴³² En el artículo 7.c), refiriéndose a los expedientes de concesiones administrativas, se leía: «Se otorgarán por un plazo máximo de setenta y cinco años, del que no se podrá exceder en ningún caso, incluidas las posibles prórrogas que puedan otorgarse. Las instalaciones afectadas a cada concesión revertirán a la administración concedente al término del plazo por el que hubieran sido concedidas o de sus prórrogas legales...».

⁴³³ En este sentido, ESTELLA DE NORIEGA, A., señala que: «La supresión de la reversión de las instalaciones a favor de la Administración concedente parece el complemento lógico de una normativa que extrae el sector del gas de la órbita del sector reservado, abriéndola a la competencia...» No obstante, hay que considerar también, como ha indicado ARIÑO ORTIZ, G., que «Con esta disposición, el actual monopolio consolidará la propiedad de la red de transporte (...) pues si se consolidan en las compañías concesionarias las inversiones por reversión, se está ayudando a afianzar su posición en el mercado», en *Principios...*, op. cit., p. 704.

⁴³⁴ La DT decimoquinta original estipulaba un plazo máximo de quince años. Sin embargo, esta disposición ha sido modificada en dos ocasiones con el objetivo disminuir este plazo: la primera, mediante RD-Ley de 6/1999, de 16 de abril, de medidas urgentes de la Liberalización e incremento de la competencia, que redujo el plazo a diez años y la redacción actual es producto de una segunda reforma, mediante el artículo 14 del RD-Ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas Urgentes de intensificación de la Competencia en Mercados de bienes y servicios.

En relación con los expedientes de autorizaciones y concesiones referentes al sistema del GN que a la entrada en vigor de la LSH, se encontraban en trámite la misma ley estableció que debían ser resueltos de conformidad con sus disposiciones.

10. Procedimientos establecidos para otorgar la autorización de instalaciones

En relación con las instalaciones de transporte, la LSH únicamente especifica algunos aspectos sobre el procedimiento a seguir en el caso de los gasoductos de la red básica: «Las autorizaciones de construcción y explotación de los gasoductos de transporte objeto de planificación obligatoria, (...) deberán ser otorgados mediante un procedimiento que asegure la concurrencia, promovido y resuelto por la autoridad competente» (art. 67.1 LSH). Considerando que el criterio para sujetar esas instalaciones a los citados procedimientos lo constituye el hecho de estar incluidas en la planificación obligatoria, hay que poner atención en las modificaciones introducidas al artículo 4.1 de la LSH que determina cuáles son estas instalaciones. El citado artículo ha sido modificado en dos ocasiones. Primero, por el artículo 10 de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, y después, por el artículo único.2 de la Ley 12/2007 quedando su redacción de la siguiente forma: «La planificación en materia de hidrocarburos tendrá carácter indicativo, salvo en lo que se refiere a las instalaciones integrantes de la red básica de gas natural, a la red de transporte secundario, a la capacidad de regasificación total de gas natural licuado necesaria para abastecer el sistema gasista, a las instalaciones de almacenamiento de reservas estratégicas de hidrocarburos líquidos y de almacenamiento de gas natural (...) teniendo en estos casos carácter obligatorio para la garantía de suministro de hidrocarburos». De manera que, debe interpretarse que todas las instalaciones señaladas requieren un procedimiento que asegure la concurrencia y no sólo el trámite de información pública, como dispone el artículo 67.3 LSH, que incluye tanto las instalaciones de la red básica como las instalaciones de transporte secundario y las de distribución, así como los almacenamientos no básicos. Ello en cualquier caso, no ha modificado prácticamente en nada la práctica en el sector, pues se observa que normalmente este tipo de instalaciones se autorizan de forma directa, por determinados motivos, específicamente referidos a la planificación y que, por tanto, se consideran justificados. La cuestión es que el hecho de incluir más instalaciones en la planificación

obligatoria, contrariamente a lo que establece la Ley con respecto a la aplicación de «un procedimiento que asegure la concurrencia», parece exonerarlas del mismo⁴³⁵.

Por otra parte, en relación con las instalaciones de distribución, la redacción original de la LSH en su artículo 73.7 disponía: «Las autorizaciones de construcción y explotación de instalaciones de distribución podrán ser otorgadas mediante un procedimiento que asegure la concurrencia, promovido y resuelto por la Administración competente». En el apartado 4 del mismo artículo se añade: «El procedimiento de autorización incluirá el trámite de información pública y la forma de resolución en el supuesto de concurrencia de dos o más solicitudes de autorización». No obstante el apartado 7 ha sido modificado por el artículo único.20 de la Ley 12/2007 que, en su lugar, estipula que dichas instalaciones «deberán ser otorgadas preferentemente a la empresa distribuidora de la zona. En caso de no existir distribuidor en la zona, se atenderá a los principios de monopolio natural del transporte y distribución, red única y de realización al menor coste para el sistema gasista»⁴³⁶.

⁴³⁵ A manera de ejemplo, pueden verse: Resolución de la DGPEM por la que se autoriza a «ENAGAS, Sociedad Anónima» la construcción de las instalaciones del gasoducto «Huelva-Sevilla-Córdoba, fase I, Huelva Sevilla», (BOE núm. 58, de 8 de marzo de 2003).

⁴³⁶ Esta norma ha sido recurrida ante el Tribunal Constitucional por la Presidencia de la Comunidad de Madrid. El recurso fue admitido por Providencia de 23 de octubre de 2007 (BOE de 2 de noviembre de 2007). De acuerdo con la información publicada en su página web, el Gobierno de la Comunidad decidió interponer el recurso por considerar «que la norma invade competencias del Estatuto autonómico, que reconoce al Gobierno regional el desarrollo legislativo, la potestad reglamentaria y la ejecución de la legislación del Estado en materia de régimen minero y energético. Por su parte, la Ley estatal establece el régimen al que deben someterse las autorizaciones de construcción y explotación de instalaciones de distribución, de forma taxativa los sujetos a los que forzosamente se les deberá otorgar dichas autorizaciones, lo que impide que la Comunidad pueda establecer ni siquiera mínimamente su legislación de desarrollo. La nueva regulación da lugar, además, a una discriminación entre los posibles gestores de la red de distribución, puesto que prima a los gestores que tengan mayor implantación, limitando así las posibilidades de acceso de los nuevos gestores de la red. Por lo tanto, el precepto impugnado impide sostener la actividad empresarial en libertad en la medida que no permite concurrir en igualdad de condiciones a todas las empresas distribuidoras para obtener autorización de construcción o explotación, en beneficio de aquella que tuviese ya otorgada la autorización en la zona. El articulado que impugna el Ejecutivo de la Comunidad de Madrid es asimismo contrario a la progresiva liberalización del mercado gasista que pretende la Unión Europea en las sucesivas regulaciones en la materia.» www.madrid.org. Debe destacarse que la Comunidad, mediante Orden de la Consejería económica e innovación tecnológica, núm. 289/2006, de 1 de febrero de 2006, había regulado los criterios de selección para la autorización de ejecución de instalaciones de distribución de gas natural canalizado. Según la exposición de motivos de esta Orden «La obligación de conceder una única autorización para la construcción de instalaciones de distribución precisa establecer y hacer públicos unos criterios objetivos baremados que permitan comparar entre los distintos proyectos de detalle (...) y seleccionar el más adecuado,

Estas disposiciones, para el caso de las instalaciones cuya autorización es competencia de la AGE, han sido desarrolladas por el RLSH.

A. Procedimientos de autorización para las instalaciones competencia de la Administración General del Estado.

El RLSH determina el procedimiento de autorización para las instalaciones competencia de la AGE, es decir, el aplicable a todas las instalaciones de la red básica y las instalaciones cuyo aprovechamiento sobrepase el límite de una CCAA, con excepción de las instalaciones de almacenamiento en estructuras subterráneas, cuyo régimen jurídico, como se verá, es el relativo a la exploración, investigación y explotación de yacimientos de hidrocarburos. En este reglamento se estipulan dos formas para la ejecución del procedimiento. Coherentemente con el principio de libertad de empresa, la iniciativa puede surgir del interesado o, puede ser la Administración la que convoque el concurso respectivo, esto es: a) autorización de las instalaciones mediante procedimiento de concurrencia y b) autorización de las instalaciones de forma directa (art. 71 RLSH). Cabe destacar aquí que, frente a lo que se ha señalado antes como un aspecto coherente con los principios que deben presidir el régimen, y en relación con lo que se venía diciendo sobre el procedimiento de autorización de las instalaciones incluidas en la planificación obligatoria, los supuestos comprendidos para la aplicación de cada uno de los procedimientos antes citados no resultan congruentes⁴³⁷, al menos en principio, pues en ese caso el procedimiento de concurrencia, por ser más transparente y

garantizando así la no discriminación entre los diversos agentes y el desarrollo eficiente de la actividad de distribución (...). A la vista de la reforma introducida al artículo 73.4, esta Orden quedaría sin efecto.

⁴³⁷ Al respecto, el Informe de la CNE 2/2006 sobre el documento «Propuesta de Planificación de los sectores de electricidad y gas 2002-2011. Revisión 2005-2011» aprobado por el Consejo de Administración el 2 de febrero de 2006, reitera una observación realizada por el ente regulador en sus anteriores informes sobre esta cuestión, en el sentido de que debe realizarse un esfuerzo por parte de todos los agentes del sistema para agilizar y dar cumplimiento a los objetivos señalados en los documentos de planificación y por tanto, «(...) siempre que las circunstancias así lo permitan, se debería proceder al pronto desarrollo y convocatoria de los procedimientos de concurrencia (...) convirtiéndose éste en el mecanismo más habitual de autorización de las instalaciones, ya que la legislación contempla la opción de autorización de forma directa, de forma excepcional. El mecanismo de concurrencia debería permitir que se determinase el ganador de la oferta de transparente, no discriminatoria y ágil, de modo que este procedimiento no supusiera un retraso significativo para el inicio de la construcción de los proyectos (...) Hasta la fecha no se ha adjudicado ninguna infraestructura a través del procedimiento de concurrencia (...)» p. 35.

objetivo, debería primar en un entorno que se pretende competitivo, cuestión que no se refleja así en la normativa reglamentaria que dispone lo relativo a esta materia como se estudia a continuación⁴³⁸.

a. Autorización de instalaciones median te el proced imiento de concurren cia. Concurso público. Supuestos y procedimiento.

El único supuesto estipulado expresamente por el RLSH para la aplicación del procedimiento de concurrencia es la de autorización de las «nuevas instalaciones comprendidas en la red básica de gas natural contempladas en la planificación obligatoria prevista en el artículo 4 de la Ley» o que hayan sido incorporadas en ésta, con carácter excepcional, a propuesta del GrTS, por causa de un hecho imprevisto, siempre que se cumplan los criterios de planificación establecidos. En estos casos, corresponde a la DGPEM su aprobación con base en motivos de funcionalidad que deben ser argumentados por el GrTS, previo informe de la CNE (art. 75.3 y 4 RLSH). Las citadas instalaciones, en virtud de la misma norma, deberán «ser otorgadas *preferentemente* por el sistema de concurrencia, conforme a lo previsto en el presente Real Decreto, mediante concurso público» que debe ser promovido por la DGPEM del MITC de forma que garantice su transparencia, objetividad y libre concurrencia(art. 71.1 RLSH).

De conformidad con lo establecido en la LSH y a la luz de esa referencia general, «gasoductos de la red de transporte» y no a las «instalaciones de la red básica» puede entenderse que en el RLSH se haga referencia al calificativo: «preferentemente», dado que con carácter preceptivo está establecido, en la LSH, únicamente para el caso de los gasoductos de la red de transporte, ya que de otra manera se estaría flexibilizando la disposición legal. Sin embargo, seguidamente, en el punto 2 del mismo artículo, se apunta la posibilidad, aunque excepcional, de que la empresa interesada en acometer una instalación de la red básica para la que no se ha convocado un concurso, solicite que le sea otorgada la autorización de instalación de forma directa, cuestión que

⁴³⁸ Además, el reglamento no sistematiza de la mejor manera el capítulo referido a esta materia, ni utiliza los términos con rigor. Sirva de ejemplo la referencia realizada en el art. 71.1 RLSH: «sistema de concurrencia» para referirse al procedimiento.

corresponderá decidir a la DGPEM, previo informe del GrTS y de la CNE. De manera que, también puede interpretarse que es éste el supuesto por el cual se introdujo el calificativo «preferentemente». No obstante lo cual, también cabe una interpretación más amplia, en el sentido de que no es ésta la única excepción al procedimiento de concurso, pues como se estudia luego, efectivamente exceptúa otros casos específicos de la realización del citado procedimiento.

Por otra parte, el RLSH establece tres supuestos en los cuales la DGPEM podrá encargar al GrTS del sistema la realización de los proyectos y la construcción de las instalaciones de la red básica que tengan carácter obligatorio y de mínimo exigible. Es decir tres excepciones más al procedimiento de concurrencia: cuando hayan transcurrido los plazos sin que la empresa ganadora del concurso hubiera constituido la fianza o presentado la solicitud respectiva de autorización administrativa; cuando el procedimiento de concurrencia se declare desierto; y, en el caso de «nulidad de la solicitud de autorización administrativa durante el procedimiento de concesión». En estos casos, el GrTS tendrá un plazo de 6 meses para presentar la correspondiente solicitud de autorización administrativa de la nueva instalación y la inversión se retribuirá «por la cuantía máxima indicada en las bases del concurso» (art. 73.8 RLSH).

Así las cosas, no es de extrañar, después de establecer tantas excepciones, que lo que sucede en la práctica es que precisamente el procedimiento excepcional es el de concurrencia. Si bien, la previsión de realización de un concurso para el caso de los gasoductos de la red básica es congruente con el hecho de que éstos están sujetos a planificación obligatoria, -lo cual supone que dicho concurso puede incluso proyectarse y prepararse con antelación, de acuerdo con los objetivos planteados en la planificación general del sector-, sin embargo, el propio instrumento de «Planificación 2002-2011» dispone: «con el fin de alcanzar el objetivo mencionado y que estas infraestructuras estén operativas en las fechas indicadas, y teniendo en cuenta, en particular, el hecho de que en la mayoría de los casos los procedimientos de otorgamiento de las autorizaciones se han iniciado con anterioridad a la aprobación de la Planificación, estando en fases muy avanzadas, el Ministerio de Economía podrá proceder a otorgar en forma directa la autorización administrativa previa».

El procedimiento de concurrencia se inicia con la publicación, en el «BOE», de las bases del concurso, las cuales tienen que haber sido informadas previamente por la CNE. En ellas debe determinarse: la forma de presentación de las ofertas, los plazos, los criterios para su evaluación, las características técnicas de la instalación, la cuantía máxima de retribución por la inversión en dichas instalaciones; y, las fianzas a constituir por los solicitantes (art. 73.2 RLSH).

Por su parte, la solicitud deberá contener una memoria resumen que exponga los siguientes aspectos: i) Ubicación de la instalación o, cuando se trate de gasoductos, origen, recorrido orientativo y fin de la misma, ii) objeto de la instalación, iii) características principales, iv) plano de situación, v) presupuesto estimado y condiciones de retribución de la instalación ofertada, vi) plazos de solicitud de autorización administrativa, de aprobación del proyecto de detalle de las instalaciones así mismo, de la ejecución de las obras y de su puesta en servicio, vii) documentación que acredite la capacidad del solicitante en los términos señalados anteriormente, es decir, capacidad legal, técnica y económica. Así como, aunque de manera opcional, condiciones relativas al destino de la instalación para el caso de cese en la explotación, que pueden suponer su desmantelamiento o su transmisión forzosa (art. 73.4 RLSH).

Una vez cerrado el período de recepción de ofertas, la DGPEM debe proceder a adjudicar el concurso, de acuerdo con las bases de éste y previo informe de la CNE. De acuerdo con lo establecido en el artículo 73.7 RLSH, la resolución del procedimiento se notificará a todas las empresas concurrentes en el plazo de 2 meses desde la finalización del plazo de recepción de las ofertas. Esto implica que el concurso debe resolverse y notificarse en el mencionado plazo de 2 meses.

La empresa adjudicataria deberá constituir una fianza de 2 por 100 del presupuesto previsto de las instalaciones a favor de la DGPEM, para ello cuenta con un mes de plazo. En el caso de vencimiento de los plazos establecidos en la oferta, sin que se haya dado cumplimiento a las obligaciones atribuibles a la empresa, la mencionada fianza puede ser ejecutada (art. 67.4 y 73.4 LSH y 73.7 RLSH).

b. Autorización de las instalaciones de forma directa. Supuestos y procedimiento.

El procedimiento de autorización de forma directa corresponde a los siguientes 3 supuestos: en primer término, a la ampliación y modificación de las instalaciones en funcionamiento previa solicitud en la que se justifique detalladamente la necesidad de su realización; en segundo lugar, autorización de todas aquellas instalaciones de la red de transporte secundario y de la red de distribución, es decir, las no incluidas en la red básica de GN (art. 72.3 RLSH); finalmente, cuando la Administración exceptúe el procedimiento de concurrencia, a solicitud del interesado, según lo señalado anteriormente, en cuyo caso, se notifica al solicitante y se le otorga un plazo de 6 meses para proceder a la presentación de una solicitud de autorización administrativa. Si transcurrido ese plazo no se ha presentado la solicitud, la DGPEM encomendará la realización del proyecto al GrTS⁴³⁹ (art. 72.1 y 2 RLSH).

Una vez realizado el procedimiento de concurrencia u otorgada la autorización de forma directa, se debe realizar la solicitud de autorización administrativa que comprende las siguientes tres fases.

B. Fases de la autorización. «Actos administrativos de la autorización»

Independientemente del procedimiento de autorización que se haya realizado, o por el que se haya optado, se requerirán, de acuerdo con el artículo 71.3 del RLSH, las siguientes 3 resoluciones administrativas: «a) Autorización administrativa referida al proyecto genérico de la instalación como documento técnico-económico. Esta se tramita, en su caso, conjuntamente con el estudio de impacto ambiental, y otorga a la empresa autorizada el derecho a realizar una instalación concreta o establecimiento de la misma. b) Aprobación del proyecto de detalle de las instalaciones o de ejecución de las mismas, que se refiere al proyecto concreto de la instalación y permite a su titular

⁴³⁹ Sobre este tema, la CNE en su Informe 17/2002 sobre la propuesta de Real Decreto por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministros y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural, en el punto 5. décima, ha observado que: «A la vista de esos plazos es necesario llamar la atención sobre la necesidad de adjudicar infraestructuras que sean urgentes de forma directa, para no poner en peligro la integridad del sistema, o en caso contrario acortar los plazos realizando simultáneamente alguno de los trámites». Esto podría llevar a que la excepción se convierta en la regla.

realizar la construcción o el establecimiento de la misma. c) Autorización de explotación, que permite, una vez ejecutado el proyecto, poner en gas las instalaciones y proceder a su explotación comercial, y se concretará mediante el levantamiento del acta de puesta en servicio de las instalaciones» (art. 70 RLSH). Las dos primeras pueden efectuarse de manera conjunta o separada.

Cuando se trate de modificaciones que no impliquen alteración de las características técnicas básicas y de seguridad, tanto de la instalación principal como de sus instalaciones auxiliares en servicio, bastará con la autorización de explotación establecida en el citado inciso c), previa acreditación de las condiciones reglamentarias de seguridad (art. 70.3 RLSH).

El artículo 70 del RLSH establece entonces tres fases para el otorgamiento de la autorización administrativa sustantiva –como corresponde denominarla según la clasificación establecida por la Ley de Prevención y control integrado de la contaminación- e incardina en este procedimiento otros trámites, tales como el de la evaluación de impacto ambiental y el de declaración de utilidad pública, cuya realización idealmente debería realizarse de manera simultánea. Se trata de un procedimiento complejo en el que se deben obtener dos *autorizaciones administrativas* (inc a) y c)) y una *aprobación* (inc. b) pues, aunque la autorización contenida en el inciso a) y la aprobación señalada en el b), se pueden tramitar de manera conjunta, con lo cual se obtendría una sola «resolución de autorización y aprobación administrativa»⁴⁴⁰, también existe la posibilidad de que su tramitación se realice de forma separada. De esta manera, puede decirse que para la puesta en funcionamiento de una instalación del SG se requiere: una autorización del proyecto genérico, la

⁴⁴⁰ Véase por ejemplo la «Resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Economía por la que se autoriza a «Enagas», Sociedad Anónima» la Construcción de las instalaciones del gasoducto «Huelva-Sevilla-Córdoba», fase I, Huelva-Sevilla», (BOE núm. 58 de 8 de marzo de 2003). La disposición primera de establece: «Se otorga a la empresa «Enagas, Sociedad Anónima», autorización administrativa y aprobación del proyecto de las instalaciones para la construcción de las instalaciones correspondientes al gasoducto denominado...»

aprobación del proyecto en detalle, y la autorización de explotación que se concreta en el acta de puesta en servicio⁴⁴¹.

a. Autorización administrativa del proyecto genérico de la instalación.

Procedimiento.

En esta primera fase se constata el cumplimiento de los requisitos previos básicos, como son, el cumplimiento de las condiciones subjetivas del solicitante, la adecuación a las condiciones medioambientales y la adecuación del emplazamiento. A este efecto, se establece un procedimiento que integra varios trámites competencia de distintos entes administrativos.

El procedimiento se inicia con la presentación de la solicitud de autorización para la construcción, ampliación, modificación y/o explotación de instalaciones gasistas de almacenamiento, regasificación, transporte y/o distribución. Ésta debe presentarse ante la DGPEM o las Direcciones de las áreas o, en su caso dependencias, del MITC, de las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno de las provincias donde radique la instalación. Igualmente, podrán presentarse las correspondientes solicitudes ante cualquiera de los lugares a que hace referencia el artículo 38.4 de la LRJPAC⁴⁴². Y debe contener los requisitos establecidos en el artículo 70 de la misma. Ley El plazo para la presentación de esta solicitud ya ha quedado señalado en la resolución del procedimiento de concurrencia o de autorización de forma directa, es decir, en todos los casos es de 6 meses.

⁴⁴¹ Un procedimiento similar se observa en el caso de las autorizaciones de instalaciones nucleares en cuyo caso el alargamiento del procedimiento tiene su justificación en la necesidad de un control muy estricto dada la materia de la que se trata.

⁴⁴² De conformidad con lo establecido en este artículo las solicitudes se pueden presentar en: a) En los registros administrativos a que se dirijan; en los registros administrativos de cualquier órgano administrativo que pertenezca a la AGE, a la de cualquier Administración de las CCAA, o a la de alguna de las Entidades que integran la Administración Local, en el caso de que hubiese suscrito el oportuno Convenio; en las oficinas de correos, en la forma que reglamentariamente se establezca; en las representaciones diplomáticas u oficinas consulares de España en el extranjero, en cualquier otro, que establezcan las disposiciones vigentes.

La solicitud de autorización debe presentarse acompañada de los documentos que acrediten la capacidad legal, técnica, y económica-financiera del solicitante, según se especificó anteriormente y, un proyecto de instalación que, como mínimo, debe contener una memoria con las siguientes especificaciones: ubicación de la instalación o, cuando sean de transporte o distribución, origen y recorrido de las mismas; objeto de la instalación; y, características principales de la misma. Además, deben acompañarse planos de la instalación, presupuesto estimado y, en su caso, separatas técnicas relativas a las afecciones de la instalación a bienes o servicios dependientes de las Administraciones Públicas, organismos y empresas de servicio público o de servicios de interés general (art. 76 d) RLSH). Adicionalmente, la Administración encargada de tramitar el expediente tiene la potestad de solicitar otros datos que considere oportunos. En esta fase de autorización se observan los siguientes trámites:

i. La información pública. Coordinación con otros procedimientos.

Según se estudió anteriormente, uno de los requisitos que se exige al solicitante es el cumplimiento de las condiciones de protección del medio ambiente. Con el objetivo de verificar su observancia, la Administración que tramita el proyecto debe realizar la consulta al órgano del Ministerio encargado de determinar la necesidad de la declaración de impacto ambiental, y, en su caso, la petición de ésta. La legislación aplicable en esta materia establece la obligación de formular declaración de impacto ambiental, con carácter previo a la resolución administrativa que se adopte para la realización o, en su caso, autorización de la obra. Dicha declaración corresponde a la Secretaría General de Medio Ambiente, y entre otros trámites, que se especifican en dicho procedimiento de declaración de impacto ambiental y al igual que en el procedimiento de solicitud del proyecto genérico de instalación, se estipula la realización del trámite de información pública.

De esta manera, y de forma congruente con el objetivo de agilizar los procedimientos, el artículo 77 del RLSH, establece la posibilidad de que el citado trámite se realice de manera conjunta para ambos procedimientos, en los casos en que así lo exija la

legislación aplicable⁴⁴³. De acuerdo con lo establecido por la LSH, las solicitudes se someterán a información pública por un plazo de 20 días. A este efecto, se debe publicar un anuncio extracto de éstas en el «Boletín Oficial» de la provincia o provincias donde radique la instalación o, «Diario Oficial» de la o las CCAA respectivas, y, además, en el BOE y en dos de los periódicos de mayor difusión en el correspondiente ámbito territorial. Con respecto al órgano encargado de llevar a cabo dicha publicación, el RLSH establece que en el supuesto de que la instalación afecte a más de una provincia, corresponde tramitar la publicación del anuncio en el «BOE» a la Dirección del área o, en su caso, dependencia de Industria y Energía de la Delegación o Subdelegación del Gobierno en cuya provincia tenga su origen la instalación» (art. 78.1 RLSH).

Durante el plazo de información pública los interesados podrán formular las alegaciones que estimen pertinentes. Dichas alegaciones, de haberlas, se trasladarán al peticionario en un plazo que no debe superar los 15 días para que éste a su vez comunique al órgano respectivo lo que estime oportuno. Seguidamente, tanto las alegaciones de los interesados como las manifestaciones del peticionario serán remitidas a la DGPEM del MITC.

Otro procedimiento que se puede seguir paralelamente a éste es el de declaración de utilidad pública. En ese caso, también el trámite de información pública se podrá efectuar conjuntamente para ambos trámites (art. 78.2 RLSH), según se explicará con más detalle al abordar el tema específico de la declaración de utilidad pública de las instalaciones.

Esta posibilidad de realizar el trámite de información pública simultáneamente, requerido por ambos procedimientos, tiene sin duda la finalidad de agilizar la tramitación del procedimiento, aunque especialmente se trata de una cuestión de economía, puesto que se evita realizar la misma publicación en diversas ocasiones. Esto es evidentemente positivo, pero no debe conducir a engaños, en cuanto a la duración del mismo, puesto que la declaración de impacto ambiental tiene su propio procedimiento

⁴⁴³ Todo ello según el RD-Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental, modificado por Ley 6/2001, de 8 de mayo, y su reglamento de ejecución, aprobado por RD 1131/1988, de 30 de septiembre.

establecido y éste sigue su curso una vez realizada la publicación, es decir, responde a otros plazos y requisitos propios, de ahí que, hasta tanto no se resuelva, el procedimiento sustantivo de autorización no puede continuar.

ii. Información a otras administraciones públicas.

La Administración que esté tramitando el proyecto debe trasladar a aquellas Administraciones, organismos o empresas de servicio público o de servicios de interés general, cuyos bienes y/o derechos puedan verse afectados por la instalación, una separata del proyecto relativa a la parte de la instalación que les concierne. Ésta debe contener las características generales de la instalación y la documentación cartográfica correspondiente y, en su caso, un documento de síntesis del estudio de impacto ambiental, en orden a que en un plazo de 20 días, manifiesten su conformidad u oposición a la autorización solicitada (art. 80.1 y 80.2 RLSH).

Transcurrido dicho plazo, sin que los distintos sujetos consultados se hayan pronunciado, la Administración encargada de la tramitación del proyecto reiterará el requerimiento para que, en un plazo de 10 días más, se manifieste. Pasado éste sin respuesta se entenderá su conformidad con la autorización de la instalación, sin perjuicio de las respectivas autorizaciones que les corresponda otorgar a las Administraciones implicadas (art. 80.2 RLSH).

Sobre la aceptación u oposición de las alegaciones, se otorgará al solicitante un nuevo plazo de 15 días para que señale su conformidad o bien sus reparos. En el caso de que formule algún reparo a la oposición presentada, ésta se trasladará a quien la hay planteado, para que en un plazo de 15 días muestre su conformidad o nuevos reparos. Ante su silencio se debe entender la aceptación de la contestación efectuada por el peticionario. El reglamento es omiso en cuanto al camino a seguir si se formulara algún nuevo reparo. No obstante, sí se establece una forma de actuación para estos casos en el procedimiento de Aprobación del proyecto de ejecución y de declaración de utilidad pública, según se estudia más adelante, y dado que ambos procedimientos se pueden efectuar de manera conjunta, se podría interpretar que dicha solución es aplicable también en este supuesto.

iii. Resolución de la autorización. Contenido

Concluido el proceso anterior, el expediente debe ser trasladado a la DGPEM del MITC, junto con los informes respectivos, así como el correspondiente proyecto de instalación en trámite. En el supuesto de que la instalación afecte a varias provincias, el proyecto será remitido por el órgano administrativo que haya efectuado la tramitación en la provincia donde tenga su origen la correspondiente instalación gasista (art. 81.1 RLSH).

Recibido el proyecto y los informes respectivos, la DGPEM debe resolver sobre la autorización de instalación solicitada y notificar la respectiva resolución. Todo ello, dentro de los 6 meses contados desde la presentación de la solicitud de la misma. Tratándose de una instalación nueva, la DGPEM enviará la propuesta de resolución a la CNE para que emita su informe que tendrá carácter preceptivo⁴⁴⁴. Dicha resolución deberá publicarse en el «Boletín Oficial» de las provincias respectivas, y deberá ser notificada al solicitante.

Sobre el contenido de la resolución de autorización administrativa del proyecto genérico se apuntan expresamente dos cláusulas. La primera, de aplicación general, sobre el período de tiempo contado a partir de su otorgamiento en el cual deberá solicitarse la aprobación del proyecto de ejecución y en la que se indica que, transcurrido dicho plazo, se producirá su caducidad. No obstante lo cual, también se establece la posibilidad de que el peticionario solicite prórrogas al plazo establecido por razones que deben justificarse (art. 81.6 RLSH). La segunda, referida a las autorizaciones de instalaciones de distribución en cuyo caso deben contener: «la delimitación concreta de la zona en que debe prestar la empresa distribuidora el suministro de gas, los compromisos de expansión de la red en dicha zona y, en su caso, el plazo para la ejecución de las instalaciones previstas en el proyecto autorizado» (81.7 RLSH).

⁴⁴⁴ Plazo este de seis meses del que deben deducirse todas las interrupciones por causa de trámites procedimentales en otra sede administrativa.

Por otra parte, en cuanto a las instalaciones de transporte el artículo 67.4 de la LSH establece que la autorización debe contener todos los requisitos que deben ser observados en su construcción y explotación.

iv. La constitución de la fianza

Una vez resuelto el procedimiento afirmativamente para el solicitante, éste debe proceder a la constitución de una fianza del 2 por 100 del presupuesto de las instalaciones a efectos de garantizar el cumplimiento de sus obligaciones. Ésta se devolverá una vez que, formalizada el acta de puesta en servicio de las instalaciones, el interesado así lo solicite y justifique el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la autorización.

Tratándose de instalaciones que han sido autorizadas mediante el procedimiento de concurrencia, podrá aplicarse a este procedimiento la fianza constituida en éste (art. 82 RLSH).

b. Solicitud de aprobación del proyecto de ejecución. Los reglamentos técnicos y de seguridad.

La aprobación del proyecto de ejecución se traduce en una resolución que habilita la construcción de la instalación proyectada (art. 84.9 RLSH). Los órganos competentes para la tramitación de esta aprobación son, al igual que en el caso de la autorización del proyecto genérico, las Direcciones de las áreas o, en su caso, dependencias del MITC, de las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno en cuyas provincias se ubique o discurra la instalación (art. 83.5 RLSH).

La solicitud debe dirigirse a la DGPEM, por los titulares o peticionarios de ésta. De hecho, como se ya mencionó, puede presentarse de manera conjunta con la anterior, debiendo reunir también los requisitos señalados en el artículo 70 de la LRJPAC. (Art. 83.1 RLSH). A ella debe adjuntarse el proyecto de ejecución de las instalaciones elaborado de conformidad con los reglamentos técnicos y de seguridad vigentes en la materia, dando cumplimiento a la exigencia establecida en relación con las condiciones técnicas de seguridad de las instalaciones propuestas. También deben presentarse las separatas técnicas correspondientes a aquellas partes del proyecto que afecten a bienes,

instalaciones, obras o servicios, centros o zonas dependientes de otras Administraciones, organismos, o en su caso empresas de servicio público o de servicios de interés general, para que éstas establezcan el condicionado técnico que estimen procedente⁴⁴⁵. A este efecto, en caso de instalaciones interprovinciales, el trámite debe realizarse por provincias, para lo cual debe presentarse para cada una de ellas la parte correspondiente del proyecto de la instalación y sus separatas.

La administración competente para la tramitación del expediente remitirá las separatas del proyecto presentado a los afectados, con bienes o derechos a su cargo, que no hubieren otorgado ya su autorización, concesión, permiso o licencia con el condicionado correspondiente en la fase de autorización administrativa, al objeto de que establezcan el condicionado técnico procedente en un plazo de 20 días. No obstante, este trámite se exceptúa cuando «las distintas Administraciones, organismos y empresas mencionadas hayan acordado, de conformidad con el Ministerio de Economía o los Departamentos Autonómicos correspondientes, normas de carácter general para el establecimiento de las instalaciones o para el cruce o contigüidad de las canalizaciones de conducción de gas con los bienes, instalaciones, obras, servicios, centros o zonas a que se refiere el artículo anterior»; o cuando, remitidas las separatas correspondientes transcurran 20 días y reiterada la petición transcurran 10 días más sin haber recibido respuesta, en cuyo caso se tendrán por aprobadas las especificaciones técnicas propuestas por el peticionario de la instalación en el proyecto de ejecución (84.2 a) y b) RLSH).

De todos los condicionados se da traslado al peticionario, quien tendrá un plazo de quince días para manifestar su conformidad o formular los reparos que estime pertinentes. En este último caso, se trasladarán dichos reparos a quien haya emitido el condicionado respectivo, quien contará también un plazo de 15 días para pronunciarse, transcurrido el cual, sin obtener repuesta, se debe entender su conformidad con la contestación efectuada por el peticionario.

⁴⁴⁵ La intención última de este trámite es que los otros servicios públicos no se vean interrumpidos a causa de las obras de construcción, ya que no en pocos casos coinciden en las servidumbre de paso públicas

Concluidos los trámites referidos, la Dirección del área o, en su caso, dependencia del MITC practicará, si lo estima oportuno, un reconocimiento sobre el terreno, reunirá los condicionados técnicos, si los hubiere, y elevará el correspondiente informe sobre aprobación del proyecto de ejecución a la DGPEM, junto con el correspondiente proyecto de ejecución. Cuando la instalación afecte a varias provincias, el proyecto será remitido por el órgano administrativo que haya efectuado la tramitación en la provincia donde tenga su origen la correspondiente instalación gasista (art. 84.5 RLSH).

Sin perjuicio de lo anterior y para el supuesto de que se mantenga la discrepancia en cuanto al condicionado técnico entre el peticionario de la instalación y alguna administración u organismo, la DGPEM podrá, bien resolver recogiendo las condiciones técnicas establecidas en el condicionado, o remitir su propuesta de resolución al MITC para su elevación al Consejo de Ministros (trámite que habrá que entender que se aplica también a la autorización del proyecto genérico).

El órgano competente debe resolver y notificar la resolución en el plazo de 3 meses. La falta de resolución expresa tiene efectos desestimatorios caso en el cual podrá interponerse recurso administrativo ante la autoridad competente. La resolución dispondrá el período de tiempo, contado a partir de su otorgamiento, en el cual se prevé la ejecución de la instalación (art. 84.10 RLSH).

c. Autorización de explotación. Acta de puesta en servicio

Una vez finalizada la construcción del proyecto, el interesado debe solicitar el acta de puesta en servicio, o lo que viene a ser la autorización de explotación. Esta solicitud se realiza ante las Direcciones de las áreas o, en su caso, dependencias del MITC, de las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno, respectivas, que hayan tramitado el expediente por provincias. Esta solicitud debe acompañarse de un certificado final de obra, suscrito por técnico facultativo competente, en el que conste que la instalación se ha realizado de acuerdo con la normativa y especificaciones definidas en el proyecto de ejecución aprobado, así como con las prescripciones de la reglamentación técnica y de seguridad aplicable, de acuerdo con la LI.

El órgano competente, cuenta con el plazo de un mes para extender el acta de puesta en servicio, para ello, realizará todas las comprobaciones técnicas que considere oportunas.

Tratándose de una instalación que discurra por varias provincias, cada una deberá extender un acta de puesta en servicio. También, el órgano encargado podrá extender actas de puesta en servicio para realizar pruebas de la instalación, totales o parciales, es decir, para determinadas partes de la instalación cuando sea justificada la necesidad de su funcionamiento con anterioridad a su finalización (art. 85 RLSH).

De las mencionadas actas se debe poner en conocimiento tanto a la DGPEM como al titular de la instalación, remitiéndole una copia en el plazo de un mes (art. 85.4 RLSH).

11. Autorización de transmisión de la titularidad de instalaciones. Procedimiento.

En el evento de que el titular de una autorización decida realizar la transmisión de las mismas, su decisión tan sólo «deberá ser comunicada a la autoridad concedente de la autorización original». Así estaba establecido, tanto para las instalaciones de la red básica como para las de transporte secundario y de distribución, en la redacción original de los artículos 67.1 y 73.2 de la LSH. La LSH pretendió ir demasiado rápido en este aspecto, dadas las obligaciones de separación de actividades vigente. Como se deduce del desarrollo reglamentario de la norma efectuado por el RLSH que, no obstante lo anterior, en sus artículos 86 y 87 ha establecido la necesidad de una autorización administrativa de transmisión de la titularidad de una instalación⁴⁴⁶. De acuerdo con el citado reglamento, quien pretenda adquirir dicha titularidad deberá solicitarlo ante la DGPEM del MITC, adjuntando la documentación pertinente que permita corroborar su capacidad legal, técnica y económica. Adicionalmente, deberá presentar una declaración del titular sobre la voluntad de transmitírsela. El procedimiento establecido en el Reglamento, parece acertado, ya que la transmisión de la titularidad de la instalación implica la de la actividad y, por lo tanto, resulta muy conveniente ejercer algún tipo de control sobre el sujeto que la recibe, más allá del que podría ejercerse a través de una mera «comunicación», y que permita comprobar el cumplimiento de las condiciones en

⁴⁴⁶ La posibilidad de transferir el título autorizatorio estaba contemplada también en la Ley del Gas. Según el artículo 7.2.d de dicha Ley, el concesionario podía transferir la concesión, previa autorización de la Administración concedente, en cuyo caso se subrogaba todas las obligaciones y derechos del transmitente derivados de la concesión. Por su parte, el artículo 14 del Reglamento de 1973, completaba esa disposición señalando que, en dicho caso, se debían cumplimentar los requisitos y exigencias de la Ley de Contratos del Estado sobre el particular. En este sentido, SALAS, J., Régimen..., op. cit., p. 32.

que se otorgó a su titular inicial. Y es que de lo contrario podría ponerse en situación de riesgo este servicio de interés económico general, especialmente considerando que la LSH no dispone nada, como sí lo hacía la LG⁴⁴⁷, con respecto a la subrogación de las obligaciones relativas a la realización de la actividad. Este es un claro ejemplo de la importancia que tiene la distinción entre una autorización de instalación y de actividad, ya que al reunirse en una única y hacerse énfasis más bien sobre aspectos referidos a las instalaciones, al trasladarse el título autorizatorio sin ningún tipo de control, o a través de una mera comunicación, la comprobación a efectos del cumplimiento de los requisitos subjetivos de establecimiento en el sector podría quedar en nada, con las consiguientes implicaciones sobre la vigilancia que debe ejercer el regulador sobre el sector y lo que ello conlleva. Por otra parte, esta posibilidad de transmisión, como se verá, no está establecida para las autorizaciones de la actividad de comercialización.

Esta situación ha sido corregida con la Ley 12/2007 que reforma los artículos 67.1 y 73.2 de la LSH a efecto de establecer el requisitos de autorización para la transmisión de las instalaciones.

De acuerdo con el procedimiento previsto por RLSH, previo informe de la CNE, la solicitud de transmisión debe ser resuelta y notificada a ambas partes en el plazo de 3 meses, transcurridos los cuales sin resolución expresa, la solicitud debe considerarse desestimada, aunque en todo caso, podrá interponerse recurso administrativo ante la autoridad administrativa correspondiente. Si la autorización es otorgada, el titular tendrá un plazo de 6 meses para efectuar la transmisión, y de no hacerlo la autorización se tendrá por caducada. El solicitante, por su parte, deberá comunicar a la DGPEM la realización de la transmisión en el plazo de 1 mes desde que se haga efectiva.

⁴⁴⁷ La Ley del gas en este aspecto estipulaba: «El concesionario podrá transferir en cualquier momento la concesión, requiriéndose la autorización previa del organismo concedente y subrogándose el nuevo titular en todas las obligaciones y derechos del transmitente, derivados de la concesión.»

12. Autorización administrativa de cierre de las instalaciones

Aunque este es un supuesto de cese de las actividades, se considera oportuno su estudio en este momento, ya que se trata de otra autorización referida específicamente a las instalaciones.

La solicitud de autorización de cierre de una instalación, sea de almacenamiento, regasificación, transporte, o distribución de GN, debe dirigirse a la DGPEM o presentarse ante las Direcciones de las áreas o, en su caso, dependencias de Industria y Energía de las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno de las provincias donde radique la instalación. Así mismo, pueden presentarse, de acuerdo con lo establecido en el artículo 38.4 de la LRJPAC (art. 88 RLSH).

Tratándose del supuesto de cierre de la instalación, la solicitud debe contener todos los requisitos señalados en el artículo 70 de la LRJPAC y debe ir acompañada de un «proyecto de cierre», en el que debe constar una memoria detallando las circunstancias técnicas, económicas, ambientales o de cualquier otro orden, por las que se pretende el cierre, así como los planos actualizados de la instalación a escala adecuada y potestativamente, de un plan de desmantelamiento de la instalación. No obstante, la LSH estipula la facultad de la Administración para imponer a su titular la obligación de su desmantelamiento, cuyo plan también puede ser presentado junto con la solicitud referida cuando el solicitante así lo pretenda (art. 67.1 y 73.2).

La tramitación del procedimiento corresponderá a la Administración ante la que se haya presentado el escrito de solicitud. Si la autorización es competencia de una CA, ésta debe solicitar previamente un informe a la DGPEM, en el que esta Dirección consignará las posibles afecciones a los planes de desarrollo de la red y a la gestión técnica del sistema. Tratándose de una instalación bajo la gestión técnica del GrTS, es este último el que debe emitir un informe previo sobre la solicitud de cierre (art. 89 RLSH).

La administración que haya tramitado el expediente lo elevará junto con su informe a la DGPEM, que previo informe de la CNE, resolverá y notificará en el plazo de 3 meses. De concederse la autorización, en ella se determinará el plazo para llevar a cabo su cierre y, en su caso, para desmantelarla, e indicará que se trata de un plazo de

caducidad. La falta de resolución expresa tendrá efectos desestimatorios pero, en todo caso, puede interponerse recurso administrativo ante la autoridad correspondiente.

Además de la notificación al solicitante, la resolución se publicará, en todos los casos, en el BOE y en el «Boletín Oficial» de las provincias donde radique la instalación. Finalmente, se levantará un acta de cierre cuando éste se haga efectivo, previas las comprobaciones técnicas que la Administración correspondiente considere oportunas (art. 91 RLSH).

En segundo término, nótese que, a excepción de la memoria justificativa de las circunstancias que provocan el cierre y el correspondiente informe del GrTS, o de la DGPEM, sobre las posibles afecciones al desarrollo de la red o a la gestión técnica del sistema, ni la LSH ni el RLSH, imponen al titular ninguna obligación con respecto a las actividades, ¿qué sucedería entonces, si las circunstancias que obligan al cierre son de carácter económico?, ¿cómo se garantiza el cumplimiento de las obligaciones de interés general?, ¿cuál es el procedimiento a seguir?.

IV. El régimen de habilitación establecido para las instalaciones de almacenamiento subterráneo y la actividad de almacenamiento

Este régimen tiene ciertas peculiaridades. En primer término, hay que anotar que no es común que se construyan instalaciones subterráneas específicamente para cumplir la función de almacenamiento. Lo que suele suceder es que un yacimiento, una vez agotado, -aunque también puede ser un acuífero- se utiliza luego para almacenar.

La regulación de esta actividad con anterioridad a la promulgación de la LSH estaba contenida en la Ley 21/1974, sobre investigación y explotación de hidrocarburos⁴⁴⁸. De acuerdo con el artículo 5.2 de la referida Ley, «La concesión de explotación confiere a su titular el derecho a realizar la explotación en el área otorgada (...) así como a la

⁴⁴⁸ El artículo 1 de la Ley 21/1974, de 27 de junio, sobre investigación y explotación de hidrocarburos, era muy claro en este tema: «La presente Ley tiene por objeto establecer el régimen jurídico de la exploración, investigación y explotación de los yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos, así como de las actividades de transporte, almacenamiento, (...) de los hidrocarburos obtenidos, cuando sean realizadas por los propios investigadores o explotadores mediante instalaciones anexas a las de producción.»

obtención de autorizaciones para actividades de transporte, almacenamiento (...)). La regulación era genérica para los hidrocarburos. Por tanto, hay un sujeto que previamente ha obtenido una concesión de explotación que es, a su vez, el título que le atribuye el derecho a la obtención de la autorización para almacenar. De manera que, el régimen habilitante de esta actividad tenía como fundamento una concesión.

Por otro lado, hay que recordar que el artículo 2 de la Ley del Gas preveía la sujeción al régimen concesional de la actividad de «almacenamiento estratégico de gas natural»⁴⁴⁹; y el artículo 3 del mismo texto normativo estipulaba lo relativo a las instalaciones, atribuyendo al MINAE la competencia para otorgar las «concesiones y autorizaciones de los proyectos de instalaciones de «almacenamientos estratégicos de gas natural». De manera que, en la LG se establecía otro título habilitante para un segmento de la actividad de almacenamiento: el almacenamiento estratégico.

En consecuencia, lo único que se deduce claramente del régimen anterior a la LSH, que es la que deroga ambas leyes, es que para ejercer la actividad de almacenamiento se requería la concesión respectiva.

Por su parte, la DA Sexta de la LSH establece que: «todas las concesiones para las actividades incluidas en el servicio público de suministro de gases combustibles por canalización quedan extinguidas. Dichas concesiones quedan sustituidas de pleno derecho por autorizaciones administrativas de las establecidas en el Título IV de la presente Ley que habilitan a su titular para el ejercicio de las actividades, mediante las correspondientes instalaciones, que constituyeron el objeto de las instalaciones extinguidas». Consecuentemente, con arreglo a esta disposición, las «concesiones de almacenamiento estratégico» de GN fueron sustituidas por autorizaciones administrativas de almacenamiento.

Por su parte, en el texto original de la LSH, el régimen de los almacenamientos subterráneos tampoco estaba claramente delimitado. Entre otras cuestiones porque la

⁴⁴⁹ El texto literal del precepto, en lo que aquí interesa, es: «En consecuencia, por considerarse esenciales para el servicio público de suministro de combustibles gaseosos, requerirán concesión administrativa, además del suministro de combustibles gaseosos por canalización, las actividades de regasificación de gas natural licuado, licuefacción de gas natural (...) almacenamiento estratégico de gas natural (...)»

LSH no distingue el régimen de autorización de instalación y actividad, como se ha constatado antes. Y la actividad de almacenamiento se reguló por un lado, en el Título II, como un derecho de los concesionarios de explotación de yacimientos, y por otro, en el Título IV, como una de las instalaciones que requieren autorización administrativa previa: «sin perjuicio del régimen jurídico aplicable a los almacenamientos subterráneos de acuerdo con el Título II». Es decir, se solapa el régimen aplicable a estos sujetos que quedan obligados tanto en su condición de concesionarios de la explotación de hidrocarburos, como transportistas del sistema gasista.

Dada esa situación, la Ley 12/2007 incluye en el capítulo III del Título II «Exploración, investigación y explotación de hidrocarburos» reglas específicamente destinadas a regular la concesión de almacenamientos subterráneos, y estipula un régimen determinado para las concesiones que, por efecto de la citada DA Sexta de la LSH se convirtieron en autorizaciones de almacenamiento con el objetivo de volver al régimen concesional de la actividad⁴⁵⁰.

En conclusión, de acuerdo con el régimen vigente, el título habilitante para la construcción de instalaciones de almacenamiento subterráneo es una autorización (es) respectiva(s), que supone, previamente, una concesión de explotación de almacenamiento subterráneo. Es decir, este tipo de instalaciones se autorizan a sujetos que tienen una concesión previamente otorgada, una concesión que hasta antes de la reforma introducida por la Ley 12/2007, podía ser una concesión de explotación de un yacimiento, pero cuya conversión a concesión de almacenamiento subterráneo se exige a partir de dicha reforma⁴⁵¹. Con este objetivo se introduce un nuevo artículo 29 bis⁴⁵²

⁴⁵⁰ El punto 3 de la DA cuarta de la Ley 12/2007 dispone literalmente: «La autorización administrativa para el ejercicio de la actividad de almacenamiento subterráneo en los yacimientos de gas denominados «Jaca», «Aurín» y «Suprajaca» a la que hace referencia la disposición adicional sexta de la Ley 34/1998, (...) se convierte en una concesión de almacenamiento subterráneo de hidrocarburos de las que se hace referencia en el artículo 24 bis de la Ley 34/1998 (...) El periodo de vigencia de la citada concesión será de treinta años desde la fecha de entrada en vigor del título habilitante para el ejercicio de la actividad. Se declara extinguida la concesión de explotación de yacimientos de hidrocarburos denominada Serrablo». El yacimiento de Serrablo, precisamente, está constituido por los pozos de «Turín», «Jaca» y «Suprajaca». El citado artículo 24 bis ha sido adicionado por el artículo único.Tres de la Ley 12/2007 y establece los derechos de los titulares de las concesiones de explotación de almacenamiento subterráneo de hidrocarburos.

⁴⁵¹ La DA cuarta de la Ley 12/2007 establece un régimen específico para la extinción de las concesiones de explotación de los yacimientos denominados «Gaviota-I» y «Gaviota-II» o la conversión de las

que dispone: «Reglamentariamente, se establecerá el procedimiento de adaptación de una concesión de explotación de yacimientos de hidrocarburos a una concesión de explotación de almacenamiento subterráneo». A esos efectos, la DA cuarta de la Ley 12/2007, faculta al Gobierno para dictar las disposiciones reglamentarias correspondientes.

En ese orden de cosas, como punto de partida para establecer el régimen de estas instalaciones, hay que recordar lo establecido en el artículo 2.1 de la LSH que literalmente señala: «A los efectos del artículo 132.2 de la Constitución, tendrán la consideración de bienes de dominio público estatal, los yacimientos de hidrocarburos y almacenamientos subterráneos, existentes en el territorio del Estado o en el subsuelo del mar territorial y de los fondos marinos bajo la soberanía del Reino de España conforme la legislación vigente y a los convenios y tratados internacionales de los que sea parte.» Consecuentemente con el citado precepto, no se reconoce la libre iniciativa empresarial para el ejercicio de las actividades establecidas en el Título II de la LSH que son precisamente: la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos.

Por otro lado, en cuanto se refiere a la distribución de competencias, el artículo 3.2 a) y b) de la LSH, atribuye a la AGE la competencia para otorgar las autorizaciones de exploración y permisos de investigación cuando afecte al ámbito territorial de más de una CA, así como las concesiones de explotación, y todas aquéllas que se localicen en el subsuelo marino y comprendan, a la vez, zonas terrestres y del subsuelo marino.

De conformidad con el régimen establecido, las concesiones de explotación de almacenamientos deben ser otorgadas con arreglo a los principios de objetividad, transparencia y no discriminación a sociedades mercantiles⁴⁵³ que incluyan en su objeto

mismas, en concesiones de almacenamiento subterráneo de hidrocarburos. En el primer caso, los titulares serán compensados por las inversiones afectas a dichas concesiones en el momento de la extinción.

⁴⁵² Así, la DA cuarta 3. estipula: «Se declara extinguida la concesión de explotación de yacimientos de hidrocarburos denominada «Serrablo». Antes de que transcurran tres meses desde la entrada en vigor de la presente Ley, el titular de la misma deberá informar a la Secretaría General sobre las inversiones afectas a dicha concesión pendientes de amortizar».

⁴⁵³ Debía haberse modificado también el párrafo 1 del artículo 8 en el sentido de sustituir «personas físicas o jurídicas» por «sociedades mercantiles»

social la realización de esta actividad, y que acrediten la capacidad técnica y financiera para llevarla a cabo. Dicho título habilitante puede ser otorgado individualmente o, en titularidad compartida, en cuyo caso, deben designar un «operador» que será el representante conjunto de titulares ante la Administración en lo referido a la presentación de documentos y gestión de garantías, entre otros, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria frente a la Administración (art. 7 y 8 LSH). El titular de una concesión de explotación tendrá derecho a las autorizaciones pertinentes para la construcción y utilización de las instalaciones que sean necesarias para el desarrollo de la actividad (art. 8.2 y 3. LSH).

La reforma introducida por el artículo único.3 de la Ley 12/2007, al artículo 9.4 de la LSH, establece un requisito previo al inicio de la actividad: la empresa respectiva debe «constituir un seguro de responsabilidad civil a fin de responder de posibles daños a personas o bienes, como consecuencia de las actividades a desarrollar de acuerdo con lo que se establezca reglamentariamente teniendo en cuenta su naturaleza».

Por otro lado, el artículo 25.1 LSH, en su redacción dada por el artículo único.3 de la Ley 12/2007, dispone que los solicitantes de las concesiones de explotación⁴⁵⁴ de yacimientos o de almacenamientos subterráneos deben presentar al MITC la siguiente información: «a) Memoria técnica detallando la situación, extensión y datos técnicos de la concesión que justifiquen su solicitud. b) Plan general de explotación, programa de inversiones, estudio de impacto ambiental y, en su caso, estimación de reservas recuperables y perfil de producción. c) Plan de desmantelamiento y abandono de las instalaciones una vez finalizada la explotación del yacimiento o del almacenamiento subterráneo, así como recuperación del medio. d) Resguardo acreditativo de la garantía constituida por el solicitante en la Caja General de Depósitos.»

El Gobierno debe autorizar mediante Real Decreto, previo informe de la CA afectada, el otorgamiento de la concesión de explotación o de almacenamiento subterráneo en el cual se fijan «las bases del plan de explotación propuesto, el seguro de responsabilidad

⁴⁵⁴ Antes de esta última reforma las concesiones de explotación solo podían ser solicitadas por «titulares de permisos de investigación sobre las mismas áreas de éstos» (art. 25.1).

civil que habrá de ser suscrito obligatoriamente por el titular de la concesión y la provisión económica de desmantelamiento»⁴⁵⁵. Tratándose de almacenamientos subterráneos que no tengan la condición de básicos, para el otorgamiento de la autorización del Gobierno, el informe previo de la CA respectiva debe ser favorable (art. 25.2 LSH).

Por su parte, la transmisión total o parcial de las concesiones de explotación, de acuerdo con el artículo 11 LSH, está sujeta a autorización administrativa de la Administración competente previa acreditación de los requisitos exigidos para ser titular de las mismas. Las prórrogas de las concesiones de almacenamientos subterráneos deben solicitarse ante el MITC, siempre y cuando se hayan cumplido las obligaciones comprometidas en el período de vigencia anterior y mantenga su actividad de acuerdo con su plan de explotación. La reforma dispone que «reglamentariamente se regulará el procedimiento de solicitud y otorgamiento de las prórrogas de una concesión de explotación de yacimientos o almacenamientos subterráneos» (art. 28.2 LSH).

Las concesiones de explotación se consideran nulas cuando se otorguen contraviniendo las disposiciones de la LSH. También lo serán las que se superpongan a otros ya otorgados, aunque en este último caso, la nulidad sólo afecta a la extensión superpuesta cuando quede en el resto de la concesión área suficiente para que se cumplan las condiciones exigidas (art. 33 LSH).

Las causas de extinción de las concesiones están reguladas en el artículo 34 de la LSH. Estas son: el incumplimiento de las condiciones de su otorgamiento, caducidad al vencimiento de sus plazos, renuncia total o parcial del titular, una vez cumplidas las condiciones en que fue otorgada; la disolución o liquidación de la empresa titular; y, cualesquiera otras causas establecidas por las leyes. Al extinguirse la concesión se devolverá la garantía al titular, salvo que proceda su ejecución. Cuando la concesión se extinga por vencimiento de su plazo, ante un nuevo concurso para su adjudicación,

⁴⁵⁵ El único que se ha otorgado bajo la legislación vigente ha sido a través del RD 1061/2007, de 20 de julio, por el que se otorga a Enagás, S.A., la concesión de explotación para el almacenamiento subterráneo de gas natural denominada «Yela», en la estructura «San Bárbara» y el reconocimiento de utilidad pública, en la provincia de Guadalajara. (BOE, núm. 218, de 11 de septiembre de 2007).

tendrá preferencia para adquirirla en igualdad de condiciones, el concesionario cesante (art. 34 LSH). La extinción o anulación de una concesión da lugar a la reversión inmediata y gratuita al Estado de las instalaciones. De acuerdo con el artículo 29 de la LSH el Estado está facultado para exigir el desmantelamiento de las mismas.

V. Derecho a la ocupación del dominio público y patrimonial y de la propiedad privada: expropiación forzosa, servidumbres y limitaciones a la propiedad. En especial sobre la autorización demanial municipal.

En primer lugar, no está de más recordar que pese a que ya no estamos en presencia de un sector publicificado, la consideración de las actividades realizadas dentro de éste como de «interés económico general», hace que subsistan obligaciones concernientes a la garantía del suministro dentro de todo el territorio nacional que junto con la declaración legal de utilidad pública genérica, establecida por la LSH, de todas las instalaciones comprendidas en el SG, constituyen la justificación de esta modalidad de intervención administrativa de privación singular de bienes y derechos de conformidad con la propia legislación sectorial⁴⁵⁶.

Al igual que en otros sectores considerados esenciales como es el caso de la electricidad o las telecomunicaciones, en cuanto a los hidrocarburos se refiere, la LSH -siguiendo los pasos de la Ley del Gas, en cuyo caso constituyó una novedad calificada de positiva⁴⁵⁷- en su Título V, en ejercicio de las competencias exclusivas atribuidas al Estado por el artículo 149.1.18ª de la CE, establece la normativa relativa a los

⁴⁵⁶ La legislación contenida en la LSH en esta materia es muy similar a la de la Ley del Gas que la antecede. La diferencia más significativa se encuentra en lo relacionado con la coordinación de las Administraciones Públicas, especialmente con la potestad de la Corporación Local de informar, aunque sin carácter vinculante, sobre el establecimiento de las instalaciones en su ámbito territorial y consecuentemente, sobre los derechos que ésta generaba (art. 14). Sobre este tema, bajo la vigencia de la Ley de 1987, COLOM PIAZUELO, E., «Las expropiaciones forzosas motivadas por el establecimiento de instalaciones de gas» en *RAP*, num. 142, enero-abril, 1997, pp. 481-508; y sobre los problemas que puede generar el establecimiento de las servidumbres, FERNÁNDEZ GARCÍA, J. J., «Gasoducto: servidumbres-limitaciones» en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 70, 1983, pp. 199-214.

⁴⁵⁷ Así lo ha puesto de manifiesto DEL GUAYO, I., *El servicio...*, op. cit., p. 119. Con anterioridad a la Ley del Gas sólo se hacía una remisión a la Ley de Expropiación Forzosa, aunque desde 1976 el Decreto 1350/1976, que declaraba las empresas del sector de interés preferente, ya les otorgaba este derecho de expropiación y la implícita declaración de utilidad pública y de urgente ocupación (art. 5.1).

«Derechos de ocupación del dominio público, expropiación forzosa, servidumbres y limitaciones a la propiedad», que surgen como resultado de la construcción, modificación o ampliación de las instalaciones del sistema gasista.

Hay que hacer notar, sin embargo que pese a la rúbrica que lleva el citado Título V, en su contenido no se incluyó lo relativo a la ocupación del dominio público y patrimonial y las zonas de servidumbre pública. El artículo que regula lo referente a esta materia quedó ubicado en el Capítulo VIII, del Título IV, relativo a la seguridad del suministro, es decir, está claramente fuera del contexto de la regulación del tema. Esta situación puede encontrar su explicación en la falta de cuidado que se observa en el momento de introducir enmiendas al proyecto de Ley, puesto que en el que fue presentado originalmente sí existía regulación sobre el tema, en los términos en que se estudiará más adelante. Por otro lado, hay que señalar que la Ley 12/2007 no ha realizado ninguna modificación en esta materia.

Se trae a colación esta cuestión, pues como se verá, esa situación acentúa la separación que puede observarse entre el procedimiento establecido para la declaración de utilidad pública en concreto, con respecto a los bienes de propiedad pública y los de propiedad privada, que no se corresponde con el procedimiento único establecido por el RLSH al efecto. Hecho que genera discordancia en cuanto a los efectos de la misma, con las respectivas consecuencias sobre las competencias de los entes territoriales, especialmente locales, aspecto de relevancia que no parece haber sido considerado en el RLSH.

El Capítulo V del RLSH reglamenta tales disposiciones ordenando los procedimientos específicos a seguir y obviando esa distinción que, por otro lado, resulta congruente con otras disposiciones de la LSH de conformidad con las cuales las autorizaciones establecidas en ella lo serán sin perjuicio de aquellas otras autorizaciones que los trabajos, construcciones e instalaciones necesarias para el desarrollo objeto de las mismas pudieran requerir por razones de ordenación del territorio y urbanismo, medio ambiente y protección del territorio. Aunque en gran medida son los establecidos en la LEF que por lo demás, es de aplicación supletoria y general en esta materia, tanto como el Código Civil, cuando proceda (art. 106 LSH). A través del estudio de la normativa establecida se concreta lo señalado.

1. La declaración genérica de «utilidad pública». Efectos.

A los efectos de la expropiación forzosa y el ejercicio de la servidumbre de paso⁴⁵⁸, la LSH declara de forma genérica la utilidad pública de todas las instalaciones comprendidas en el sistema gasista (art. 103 c) LSH). En virtud de esta declaración los titulares de autorizaciones de construcción, modificación o ampliación de instalaciones incluidas en éste, gozan del beneficio de «expropiación forzosa y ocupación temporal de bienes y derechos que exijan las instalaciones y servicios necesarios, así como la servidumbre de paso y limitaciones de dominio, en los casos en que sea preciso para las vías de acceso, líneas de conducción⁴⁵⁹ y distribución de los hidrocarburos, incluyendo las necesarias para la vigilancia, conservación y reparación de instalaciones» (art. 103.1 c) y 2. LSH). Por otra parte, en los mismos casos, se establece el derecho a la ocupación del dominio público, patrimonial y de las zonas de servidumbre pública (art. 102.1 LSH).

No obstante, para hacer efectivo este beneficio, deberá solicitarse la declaración de utilidad pública en concreto de la instalación respectiva pues ésta, a diferencia de lo que ocurría bajo la vigencia de la Ley del Gas, no está implícita en la autorización de la instalación respectiva⁴⁶⁰. Así como, «la autorización de ocupación concreta del dominio público, patrimonial y de las zonas de servidumbre pública», que debe ser acordada por el órgano competente de la Administración pública titular del bien o derecho respectivo, sin perjuicio de lo cual, cuando el bien o derecho afectado sea de titularidad local, es de aplicación lo dispuesto en la legislación del régimen local (art. 102.3 LSH).

⁴⁵⁸ Sobre las servidumbres de paso, COLOM PIAZUELO, E., resalta una característica particular de este sector en el sentido de que parte de las instalaciones son conducciones subterráneas por lo tanto «no requieren normalmente que al particular se le expropie totalmente la propiedad, sino que es suficiente imposición de una servidumbre de paso subterráneo de la instalación», en «Las Expropiaciones forzosas motivadas por el establecimiento de instalaciones de gas», en *RAP*, núm. 142, enero-abril, 1997, p. 483.

⁴⁵⁹ Nótese que habla de «líneas de conducción», tal parece que para referirse a los gasoductos de transporte, tanto de la red básica como de transporte secundario. Esta es una muestra más de la falta de uniformidad en los términos utilizados.

⁴⁶⁰ Aunque ciertamente estaba sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos. En el artículo 13 de la LG se leía: «La autorización administrativa de los proyectos de las instalaciones de gas canalizado, que llevará implícita la necesidad de ocupación de los bienes o derechos afectados, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 17, apartado 2 de la Ley de Expropiación Forzosa, dará lugar a la urgente ocupación de los mismos (...)».

Parece pues vislumbrarse en la normativa referida, una separación en cuanto se refiere a la aplicación del procedimiento a los bienes privados y de los de dominio público en la que se respeta la competencia local sobre el mismo. Sin embargo, el procedimiento establecido en el RLSH para solicitar dicha declaración de utilidad concreta no parece distinguir esa situación, con las consecuencias que se desprenden de ello.

2. La declaración de utilidad pública en concreto.

Para disfrutar del beneficio de la expropiación forzosa y ocupación temporal de bienes y derechos, así como de las servidumbres y limitaciones a la propiedad establecida por la declaración genérica de utilidad pública dispuesta por la LSH, es requisito indispensable que la empresa interesada lo solicite. A este efecto, el RLSH reglamenta esta materia estableciendo el procedimiento específico para la declaración concreta de la utilidad pública. Ya que ésta no está implícita en la autorización de la respectiva instalación, como se estudiará seguidamente, sino que debe ser solicitada y acordada por la Administración competente⁴⁶¹. Hay que destacar que con la inclusión de este procedimiento se subsanan, en alguna medida, los efectos de la tan criticada por la doctrina, declaración implícita de la necesidad de ocupación urgente⁴⁶², como se verá.

⁴⁶¹ El artículo 10 de la Ley del Gas disponía: «Se declaran de utilidad pública las actividades (...) relativas al gas canalizado. El otorgamiento de las concesiones y autorizaciones administrativas llevará implícito la declaración concreta de utilidad pública y la necesidad de urgente ocupación a efectos de expropiación forzosa de los bienes y derechos necesarios para el establecimiento de las instalaciones...» Aunque el artículo 13 de la misma ley, señalaba que para ello debían cumplirse las condiciones establecidas en el artículo 17, apartado 2, de la LEF, es decir, que el proyecto de obras comprendiera una descripción detallada, concreta e individualizada, en todos los aspectos, material y jurídico, los bienes o derechos que considere de necesaria expropiación. En relación con este precepto –art. 10 LG–, BERMEJO VERA, J., señaló: «nos parece también poco asumible y defendible jurídicamente la generalización sin disimulo, del modelo o sistema de expropiación “urgente”...» en «Las técnicas de reducción del contenido del derecho de la propiedad y las especialidades sectoriales: supuestos que aconsejan la revisión normativa vigente» en *DA*, núm. 222, abril-junio, 1990, pp. 149-168.

⁴⁶² Al respecto, SANTAMARÍA PASTOR, J., señala que la práctica seguida de las declaraciones implícitas de necesidad de ocupación, que se generalizó a partir del artículo 17.2 de la LEF, es «una técnica realmente nociva, en cuanto elimina un trámite fundamental, en el que pueden someterse a discusión aspectos capitales de todo el procedimiento expropiatorio, y mediante el cual se opera una seria disminución de las garantías de los expropiados».

A. Procedimiento solicitud de declaración de utilidad pública en concreto.

El procedimiento para la declaración en concreto de la utilidad pública está descrito en términos generales en el artículo 104 de la LSH y desarrollado en los artículos 92 a 104 del RLSH. En general, concuerda con lo establecido en los artículos 17 a 20 de la LEF. De acuerdo con la normativa citada, la empresa interesada en el reconocimiento de la utilidad pública de sus instalaciones deberá solicitarlo haciendo una relación concreta e individualizada de los bienes y derechos que considere deben expropiarse u ocuparse. Ésta puede presentarse en cualquiera de los lugares señalados en el artículo 38.4 de la LRJPAC. La petición debe someterse a información pública y a informe de los órganos afectados. El órgano competente para acordarla es la DGPEM, cuando corresponda al Estado, sin perjuicio de la competencia del Consejo de Ministros en caso de oposición de órganos u otras entidades de derecho público, o por el organismo competente de las CCAA en los demás casos (art. 104 LSH y 100 RLSH).

Como se señaló al estudiar el procedimiento de autorización de instalación, la solicitud de reconocimiento de la utilidad pública puede efectuarse de manera simultánea con la solicitud de autorización administrativa y/o de aprobación del proyecto de ejecución, o bien, con posterioridad a la obtención de la autorización administrativa, lo que en definitiva prolongaría todo el procedimiento. De ahí que, lo ideal y lo usual, es que se tramiten de manera conjunta. Esta solicitud debe contener requisitos en el artículo 70 de la LRJPAC, y debe llevar adjuntos los siguientes documentos: «a) Memoria justificativa y características técnicas de la instalación, b) Planos de situación general, a escala mínima 1: 25.000, c) Planos parcelarios con identificación de fincas afectadas según el proyecto, situación de trazado de las instalaciones auxiliares y afecciones resultantes, d) Relación de las distintas Administraciones públicas afectadas, cuando la instalación pueda afectar a bienes de dominio público, uso o servicio público o patrimoniales del Estado, Comunidad Autónoma y Corporaciones Locales, o a obras y servicios atribuidos a sus respectivas competencias, e) Relación concreta e individualizada, en la que se describan, en todos sus aspectos, material y jurídico, los bienes o derechos que considere de necesaria expropiación, ya sea ésta de pleno dominio de terrenos así como de servidumbres de paso y limitaciones de dominio y servicios complementarios en su caso, tales como caminos de acceso u otras instalaciones auxiliares» (art. 95.4 RLSH).

Las Direcciones de las áreas o, en su caso, dependencias de Industria y Energía de las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno en cuyas provincias se ubique o discurra la instalación, serán las competentes para la tramitación del expediente. De la misma manera que en el supuesto de solicitud de autorización de instalaciones, el trámite de información pública se debe realizar por un plazo de veinte días, aunque no se tramiten simultáneamente. A dicho efecto, se debe insertar un anuncio «con la relación concreta e individualizada de los bienes y derechos afectados por el procedimiento de expropiación forzosa del pleno dominio, por limitaciones de dominio, o para la imposición de servidumbre de paso de las instalaciones gasistas, y sus instalaciones auxiliares, en el «Boletín Oficial del Estado» y en el «Boletín Oficial» de las provincias afectadas» (art. 96 RLSH). Así como, en dos diarios de mayor circulación de cada una de las provincias afectadas. También debe comunicarse esta información a los Ayuntamientos en cuyos términos municipales radiquen los bienes o derechos afectados por la instalación, para su exposición al público, por igual período de tiempo, en el tablón de edictos.

Las alegaciones presentadas se ponen en conocimiento del solicitante quien, en un plazo de 15 días, debe comunicar al órgano encargado de la tramitación lo que considere pertinente. Una vez vencidos los plazos, todo el expediente debe remitirse a la DGPEM, junto con un informe sobre el cumplimiento de las condiciones establecidas para la presentación del mismo (art. 97 RLSH).

Simultáneamente a la información pública se lleva a cabo el trámite de información a las distintas administraciones, organismos, empresas de servicio público o de servicios de interés general que resulten afectados y se les traslada la parte del documento técnico que les concierna a fin de que emitan el correspondiente informe. Si transcurridos 20 días y reiterada la petición otros 10 días más no se ha recibido respuesta, se entenderá que no existen objeciones (art. 98.1 RLSH). Este trámite se tiene por cumplido cuando se ha solicitado, de manera conjunta, la solicitud de autorización administrativa y la declaración pública, y se han cumplido los requisitos y trámites establecidos con respecto a la información a otras administraciones públicas (art. 78.2 y 98.2 RLSH).

Si conforme lo anterior, se formula alguna objeción, se debe poner en conocimiento de la entidad solicitante para que en un plazo de 15 días «realice las rectificaciones

correspondientes o bien formule las razones en que fundamente la imposibilidad de atender tales objeciones» (art. 99.1 RLSH). Dicha respuesta se remite a la entidad que formuló el reparo para que en un plazo igual preste su conformidad o reparos con la misma. Si dentro de este plazo las citadas Administraciones u organismos no emiten un nuevo escrito de reparos se entenderá su conformidad (art. 99.2 RLSH).

La DGPEM es la competente para resolver el reconocimiento en concreto de la utilidad pública cuando la competencia corresponda al Estado, excepto en el caso de que los reparos de las Administraciones u organismos públicos consultados se mantuvieran y el Ministerio de Economía discrepe de sus propuestas. En ese caso, el Consejo de Ministros sería el competente para resolver. Dicha resolución deberá ser dictada y notificada, siempre dentro del plazo de 6 meses contados a partir de la fecha en que la solicitud entró en el registro del órgano encargado de la tramitación y debe ser publicada en el BOE y en el «Boletín Oficial» de la provincia o provincias afectadas. La resolución debe notificarse al solicitante y a los afectados conforme a lo previsto en el artículo 52 de la LEF.

Como se deduce del procedimiento descrito, el único trámite estipulado en relación con las Administraciones públicas es el del informe que corresponde emitir a cada una. De ello no se puede deducir que se estén respetando las competencias locales aludidas antes. Esto se demuestra además en los efectos previstos por el RLSH para dicha declaración, que se estudian a continuación.

B. Efectos del reconocimiento concreto de la utilidad pública.

De conformidad con el artículo 105 de la LSH, la declaración de utilidad pública «llevará implícita en todo caso la necesidad de ocupación de los bienes o de adquisición de los derechos afectados e implicará la urgente ocupación, a los efectos del artículo 52 de la LEF⁴⁶³», ello se reitera en el artículo 101.1 RLSH. Hasta aquí los efectos reconocidos por la LSH.

⁴⁶³ Se ha consolidado en la LSH la tan criticada «urgente ocupación» con carácter genérico. Sobre este tema, PONS CÀNOVAS, F., «El problema de las declaraciones de urgencia implícitas o genéricas es que las circunstancias excepcionales que fundamentan la urgencia no vienen explicitadas ni justificadas para

No obstante, el artículo 101.2 del RLSH ha añadido un efecto más a esta declaración: «Igualmente, llevará implícita la autorización para el establecimiento de la instalación gasista, sobre terrenos de dominio, uso o servicio público, patrimoniales del Estado, o de las Comunidades Autónomas, o de uso público propios o comunales de la provincia o municipio, obras y servicios de los mismos y zonas de servidumbre pública». Dónde queda entonces la previsión del artículo 102.2 LSH que señala: «La autorización de ocupación concreta del dominio público, patrimonial y de las zonas de servidumbre pública será acordada por el órgano competente de la Administración pública titular de aquellos bienes o derechos. Las condiciones y requisitos que se establezcan por las Administraciones titulares de los bienes y derechos para la ocupación del mismo deberán ser, en todo caso, transparentes y no discriminatorias». Para dar cumplimiento a este artículo se estableció en el procedimiento ese trámite de información a las Administraciones públicas, y se dispuso que sea ése el momento en el cual deben establecer las condiciones que estimen pertinentes. Pero aún subsiste una duda, qué pasa con lo establecido en el párrafo 3 de ese mismo artículo 102 que dice: «Sin perjuicio de lo señalado en los apartados anteriores, en las autorizaciones de ocupación de bienes o derechos de titularidad local será de aplicación lo dispuesto en la legislación de régimen local»⁴⁶⁴; y las varias veces citadas disposiciones que establecen la necesidad de obtener la correspondiente autorización o concesión sobre protección de dominio público que sean necesarias (67.3 y 73.4).

Es, precisamente, la ubicación del artículo 102 de LSH en el texto normativo, la que genera esta confusión que puede provenir del hecho de que dicho artículo no se encontraba en el proyecto original de la LSH. El citado artículo fue introducido mediante una enmienda que, al parecer fue admitida sin mayor discusión y que además,

cada caso concreto, sino que se consideran inherentes a la realización de determinadas actuaciones y las exigencias de motivación quedan limitadas a la referencia al precepto de la disposición que es objeto de aplicación (...) En consecuencia, el control judicial de la urgencia en cada caso específico queda seriamente resentido», *La incidencia de las intervenciones administrativas en el derecho de la propiedad. Perspectivas actuales*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 169-170.

⁴⁶⁴ En este sentido, cabe destacar el anuncio realizado por el Ayuntamiento de Madrid, que aunque referido a la telefonía, en sus Ordenanzas fiscales para 2008, pretende introducir una nueva tasa que gravará a las compañías de telefonía móvil por utilización privativa y aprovechamientos especiales de suelo subsuelo o vuelo de la vía pública. En ABC de 12 de noviembre de 2007, Sección Madrid, p. 49.

indujo otra que implicó la supresión de un segundo párrafo del artículo 105.2 del Proyecto de Ley inicial presentado por el Gobierno, referido precisamente a los efectos concretos de la utilidad pública, en el cual se encontraba un segundo párrafo que decía: «2. Igualmente, llevará implícita la autorización para el establecimiento o paso de instalación sobre terrenos de dominio, uso o servicio público o patrimoniales del Estado, o de las Comunidades Autónomas, o de uso público de la provincia o municipio, obras y servicio de los mismos y zonas de servidumbre pública de conformidad con lo establecido a tal efecto por dichos órganos». Cuya intención también resulta confusa ante esta última frase, pero en cualquier caso, parecía ir encaminada a anular la competencia que sobre el dominio público pudieran tener los entes territoriales distintos del Estado.

En este sentido, también es criticable esa referencia explícita a la «autorización de ocupación concreta» que se encuentra en el artículo 103.2 de la LSH. No parece muy acertada en cuanto a la terminología empleada, ya que si bien se respeta la competencia de los municipios sobre su dominio público⁴⁶⁵, de considerarse, como en algún momento lo ha hecho la doctrina⁴⁶⁶, que con las instalaciones se está realizando una utilización privativa del dominio público, según la clasificación establecida en Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (en adelante RBEL) y en las leyes Autonómicas que regulan la materia⁴⁶⁷, entonces sería necesaria una concesión y no una

⁴⁶⁵ Como también lo hizo el Reglamento de 1973, vigente bajo la aplicación de la Ley del Gas, pues así lo establecía el Reglamento de 1973, en su artículo 6º que dispone: «Las concesiones y autorizaciones otorgadas por el Ministerio de Industria se entienden sin perjuicio e independientemente de las autorizaciones, licencias o permisos de competencia municipal, provincial y otros necesarios para la realización de las obras de instalaciones de gas». En este caso, lo que se omitió fue la posibilidad de que requiriera concesión, no obstante, el RBEL es posterior, de 1986, y ahí podría estar la causa de la omisión, no obstante lo cual DEL GUAYO, I, lo considera una «omisión grave». *El Servicio...*, op. cit., p. 129.

⁴⁶⁶ En este sentido, DEL GUAYO, I, «Podría defenderse que la actividad de suministro implica la utilización del dominio público municipal de modo privativo», y aunque admite que tal opinión no es aceptada mayoritariamente, se refiere a la necesidad de examinar cada uno de los supuestos específicos. *El servicio...*, op. cit., p. 120.

⁴⁶⁷ Las Comunidades de Andalucía y Aragón han regulado esta materia, la primera mediante el artículo 30 de la Ley 7/99, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, (BOE núm. 265, de 5 de noviembre y BOJA núm. 124, de 26 de octubre) y, la segunda, por el artículo 182 de la Ley 7/99 de 9 de abril de Administración Local (BOE núm. 108, de 6 de mayo y BOA núm. 45, de 17 de abril); en ambos casos, tal como está establecido en el RD 1372/1986, de 13 de junio que aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, (BOE núm. 161, de 7 de julio), el uso común especial está sujeto a

autorización. De ahí que la redacción de los artículos 67.3 y 73.4 de la LSH que establecen el régimen de autorización administrativa para las redes de transporte (tanto de la red básica como secundaria) y de distribución sea más apropiada, pues en ambos artículos se lee: «las autorizaciones (...) serán otorgadas por la Administración competente, sin perjuicio de las concesiones y autorizaciones sobre protección de dominio público, que sean necesarias de acuerdo con otras disposiciones que resulten aplicables...», abarcando así ambas posibilidades. Aunque en realidad la legislación se refiera a «licencias» y no autorizaciones que es su género, contribuyendo a una dispersión terminológica a veces injustificable y poco clarificadora⁴⁶⁸.

También la LSH deja a salvo los bienes o derechos de titularidad local, en cuyo caso, para las «autorizaciones de ocupación de bienes o derechos de titularidad será de aplicación lo dispuesto en la legislación de régimen local» (art. 102.3 LSH).

C. Las servidumbres y autorizaciones de paso de las instalaciones gasistas.

Por su parte, las servidumbres y autorizaciones de paso gravan los bienes ajenos en la forma y con el alcance establecidos en la propia LSH y en el RLSH, y se rigen por lo dispuesto en ésta, en la LEF y en el Código Civil, de acuerdo con el cual se reputa servidumbre legal según su artículo 542 y concordantes (art. 107.1 LSH).

licencia, y el uso privativo a concesión (art. 77 y 78 RBEL). También la Rioja mediante Ley 1/2003, de 3 de marzo, en su artículo 182 lo regula de forma un tanto diferente: «1. La utilización de los bienes de uso público podrá adoptar las siguientes modalidades: a) Uso común, general o especial. b) Uso privativo (...). 3. El uso común especial es aquel en que concurren circunstancias singulares de intensidad, peligrosidad u otras similares. Podrá sujetarse a licencia, de acuerdo con la naturaleza del bien y sus Ordenanzas reguladoras. Estas licencias serán de carácter temporal, siendo revocables, en todo caso, por razones de interés público. 4. El uso privativo es aquel por el que se ocupa una porción del dominio público de modo que se limita o excluye la utilización por parte de otros interesados. Está sujeto a concesión administrativa cuando requiera la implantación de instalaciones fijas y permanentes. En otro caso, podrá sujetarse a mera licencia...».

⁴⁶⁸ GARCÍA ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., advierten esta situación al señalar los obstáculos que se encuentran ante el intento de construir un «esquema dogmático unitario capaz de proporcionar una explicación satisfactoria» de todos estos supuestos (autorizaciones, licencias, permisos concesiones), pues «La variedad terminológica y la escasa o nula disciplina con que las normas positivas manejan los distintos términos al uso constituyen una primera dificultad, al privar de buena parte de su valor a las referencias primarias que las normas ofrecen a partir de tradiciones sectoriales rutinizadas y ajenas a toda razón de índole estructural o funcional...», *Curso de...*, op. cit., t. II, pp. 133 y 134.

a. Alcance de las servidumbres

Las servidumbres y autorizaciones de paso subterráneo de GN comprenden, cuando proceda: i) la ocupación del subsuelo por instalaciones y canalizaciones a la profundidad y con arreglo a las características que se señalen en los reglamentos y las Ordenanzas municipales, ii) el establecimiento de los elementos de protección, control, comunicación y dispositivos auxiliares, iii) el derecho de paso y acceso para atender el establecimiento, la vigilancia, conservación y reparación de las instalaciones de transporte y distribución y sus instalaciones auxiliares necesarias, iv) la ocupación temporal del terreno u otros bienes necesarios para tales fines (art. 109 y 110 RLSH). Incluyen también, las «líneas y equipos de telecomunicación que por ellas puedan transcurrir, tanto si son para el ejercicio propio de la explotación gasista, como para el servicio de telecomunicaciones públicas, y sin perjuicio del justiprecio que, en su caso, pudiera corresponder de agravarse esta servidumbre» (D. A. 19ª LSH).

En cuanto a las condiciones y limitaciones que deberán imponerse en cada caso por razones de seguridad, éstas se aplicarán con arreglo a los Reglamentos y normas técnicas que a los efectos se dicten. Así lo dispone el artículo 105.4 de la LSH y lo reitera en el artículo 111 del RLSH, sin adicionar nada al respecto. Aunque sí establece algunas limitaciones a la constitución de la servidumbre de paso, tendentes a evitar la afección a cualquier género de propiedades particulares, cuando se cumplan conjuntamente una serie de condiciones: i) Que la canalización pueda transcurrir por terrenos de dominio público o patrimonial del Estado, de la Comunidad Autónoma, de las provincias o de los municipios; ii) Que la variación del trazado no sea superior en longitud al 10 por 100 de la parte de canalización de gas afectada por la variación que según el proyecto transcurra sobre la propiedad del solicitante de la misma; iii) Que técnicamente la variación sea posible. En este último suceso, la variación debe ser apreciada por el órgano que tramita el expediente, previo informe de las Administraciones que resultarían afectadas, y en su caso, con audiencia a los propietarios particulares interesados. La variación no se considera admisible cuando su coste «sea superior en un 10 por 100 al presupuesto de la parte de la canalización de gas efectuada por la variante» (art. 113 RLSH).

Asimismo, el RLSH determina las condiciones en las que el dueño del predio sirviente puede actuar sobre éste, a condición de dejar a salvo la servidumbre y obtener la correspondiente autorización administrativa. En este sentido, el RLSH le otorga el derecho a cercar, plantar o edificar sobre él; o solicitar el cambio de trazado de la canalización, pero debe respetar en todo caso, la zanja donde va alojada la canalización aumentada, a ambos lados de la misma, en las distancias mínimas de seguridad reglamentarias (art. 112 1. y 3. RLSH).

Cualquiera de las servidumbres de paso establecidas para la ejecución de una instalación de transporte o de distribución de GN o una instalación auxiliar del sistema gasista, se extinguirá por: «a) Por la retirada de la instalación. Sin embargo, no se producirá la extinción por la adición, cambio o reparación de sus elementos. b) Por la falta de uso de la misma sin causa justificada durante un plazo de 9 años desde que se haya interrumpido el servicio. c) Por revocación o extinción de la autorización sobre dicha instalación. d) Por las demás causas previstas en el Código Civil» (art. 107 RLSH).

b. Supuestos de variación de las servidumbres de paso

Asimismo, una vez constituida la servidumbre de paso, el RLSH estipula, básicamente, dos supuestos que pueden surgir con respecto a ésta. En primer término, determina el procedimiento a seguir en el supuesto de que el titular del predio sirviente solicite el cambio de trazado de la canalización de gas, lo cual es posible, siempre y cuando no existan dificultades técnicas para ello y el solicitante se haga cargo de los gastos de la variación. La solicitud de modificación debe hacerla a la empresa titular de la canalización y, si no logra el acuerdo deseado, puede hacerlo ante el órgano encargado de la tramitación del expediente. En este último caso, en la solicitud debe acreditarse «la conformidad de los afectados por dicha variación, debidamente documentada, así como el compromiso formal de sufragar todos los gastos que ocasione su realización». De esta petición se da traslado al beneficiario de la servidumbre dándosele audiencia por un plazo de 15 días para que presente el presupuesto total de los gastos que conlleva la variación del trazado y para que formule las alegaciones que estime pertinentes. Este presupuesto se traslada al peticionario para que lo acepte o lo rechace. El plazo para resolver es de 15 días contados desde el día en que la solicitud tuvo entrada en el registro del órgano competente, que deberá pronunciarse en su resolución

«expresamente sobre el presupuesto presentado y señalando el plazo en que se deberán realizar las obras de la variación». Caso en el cual, el solicitante debe abonar previamente al titular de la canalización de gas el importe total del presupuesto (art. 105 RLSH).

El segundo supuesto se daría cuando de la elaboración de proyectos o planes, alguna o varias Administraciones públicas, consideren necesario variar el trazado de una canalización de GN ya existente. En este caso, el RLSH establece en términos generales, que se debe dar audiencia a la entidad titular de la misma, para que formule las «alegaciones pertinentes sobre los aspectos técnicos, económicos y de cualquier otro orden respecto a la variación que se proyecte». El RLSH no determina un plazo para este trámite. Seguidamente, deben solicitarse los informes de la DGPEM o el órgano autonómico que resulte competente y una vez que el plan o proyecto por el cual se solicita la variación ha sido aprobado, la administración competente, debe abonar el coste de la variante y los perjuicios ocasionados al titular de la canalización.

D. La expropiación. Procedimiento expropiatorio.

Las Delegaciones de Gobierno respectivas serán las encargadas de iniciar las actuaciones expropiatorias una vez reconocida la utilidad pública de la instalación, conforme al procedimiento de urgencia establecido en el artículo 52 de la LEF y concordante de su reglamento. De manera que, deben notificar a los interesados afectados en el plazo de un mes, dentro del cual también deben realizarse las publicaciones (art 52.2 LEF). Cumplidos dichos requisitos, se procede a la «expropiación forzosa de pleno de los terrenos y derechos necesarios para la construcción de la misma y de sus servicios auxiliares o complementarios, en su caso, o al establecimiento de las limitaciones de dominio o a la constitución de la correspondiente servidumbre de paso»⁴⁶⁹ (art. 102 RLSH).

El RLSH también estipula la posibilidad de que el solicitante del reconocimiento de utilidad pública convenga por mutuo acuerdo con los titulares de los bienes y derechos

⁴⁶⁹ Vid. MORENO GIL, O., «La institución de la expropiación forzosa en la Ley del Gas, 10/1987, de 15 de mayo, en *Primeras Jornadas sobre Energía y Derecho*, Ente Vasco de la Energía, 1987, pp. 181-201.

la adquisición de los mismos, en cuyo caso se da por concluido el expediente expropiatorio, en los términos del artículo 24 LEF (art. 103 RLSH). El contrato de adquisición de derechos por mutuo acuerdo «tendrá a todos los efectos el mismo alcance que el acta de ocupación». Tratándose de la expropiación de «grandes zonas territoriales o series de bienes susceptibles de una consideración de conjunto, el beneficiario de la declaración de utilidad puede solicitar el acuerdo del Consejo de Ministros mediante el cual se declarará la aplicación de procedimiento expropiatorio especial» regulado en el Capítulo 1, artículos 59 a 70 LEF.

Por su parte, el propietario de un predio sirviente que considere que la servidumbre hace «antieconómica» la explotación del mismo, podrá solicitar a la Administración que le sea expropiado, justificando «las causas concretas determinantes de los perjuicios económicos como consecuencia de la alteración de las condiciones fundamentales de explotación de la finca» (art. 104.2 RLSH).

La Administración competente debe resolver en el plazo de 10 días. Si la petición es aceptada, el titular de la servidumbre adquiere el pleno dominio sobre el mismo. En el supuesto de que se deniegue, se debe incluir en el justiprecio la indemnización por los perjuicios que se produzcan a consecuencia de la expropiación parcial (46 LEF y 104 RLSH).

E. Determinación del justo precio y pago

En lo referido a la determinación del justo precio, el RLSH remite al Capítulo III del Título II de la LEF. No obstante, establece algunos criterios para la indemnización por la imposición de la servidumbre de paso: «a) el valor de la superficie de terreno ocupado por la anchura de la zanja, b) el importe del demérito que en el predio sirviente ocasionen la servidumbre, las limitaciones en el uso y aprovechamiento del predio como consecuencia del paso para la vigilancia, conservación y reparación de la línea de conducción de gas y las restricciones exigidas para la seguridad de las personas y las cosas, c) La indemnización por daños y perjuicios derivados de la ocupación temporal de terrenos para depósitos de materiales o para el desarrollo de las actividades

necesarias para la instalación y explotación de la línea de conducción de gas»⁴⁷⁰. Sobre cada uno de estos conceptos debe indicarse de manera independiente la cuantía total correspondiente.

VI. El régimen de autorización de la actividad de comercialización

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 80 de la LSH los comercializadores requieren una autorización administrativa previa para el ejercicio de su actividad. Hay que recordar, por otro lado, que son los únicos sujetos que no poseen ningún tipo de instalación. Su actividad consiste, básicamente, en vender el GN a los consumidores y a otros comercializadores.

En términos generales, la LSH establece expresamente, a diferencia de las autorizaciones estudiadas anteriormente, el carácter reglado⁴⁷¹ de esta. Asimismo, señala que se otorgará atendiendo, entre otros requisitos que se dispongan reglamentariamente⁴⁷², la suficiente capacidad legal, técnica y económica del solicitante. En el título autorización debe especificarse el ámbito territorial en el cual se podrá desarrollar la actividad. Al igual que las autorizaciones de instalaciones, las de comercialización no se entienden concedidas en régimen de monopolio, ni conceden

⁴⁷⁰ Estos criterios en realidad proceden de las diversas sentencias que, sobre este tema, han sido emitidas por el Tribunal Supremo, tales como, la de 8-3-78, 11-12-78 y 20-12-78, y cuyo vacío en la legislación sectorial había sido puesto de manifiesto por la doctrina, véase, DÍAZ DE ACEBEDO ALBARDI, J. M., «Justiprecio en la expropiación forzosa para la instalación de una canalización subterránea de gas, jurisprudencia y crítica», en *Primeras Jornadas sobre Energía y Derecho*, Ente Vasco de la Energía, 1987, pp. 343-251.

⁴⁷¹ Aspecto que hasta antes de las reformas introducidas por la Ley 12/2007 no se especifica en los supuestos de autorización de instalaciones. No obstante, siguiendo a GALLEGO ANABITARTE, A., que señaló que ello no implicaba necesariamente que aquellas no lo fueran, ya que tanto para las autorizaciones de instalación como de actividad la LSH establece las mismas causas de denegación posibles: que no se cumplan los requisitos previstos legalmente, que no se garantice la capacidad legal, técnica y económica del solicitante (art. 67.5, 73.6. y 80), en «El sector del Gas...», op. cit., pp. 26-27.

⁴⁷² Esta remisión reglamentaria también se observó en su día en el caso de la actividad de comercialización en el sector eléctrico. Al respecto, FIESTAS HUMMLER, R., señaló que: esta remisión «entraña en cierta manera una habilitación en “blanco” que, precisamente por esta ausencia de límites de discrecionalidad reglamentaria, podría llegar a restringir el Derecho de establecimiento en cuanto al acceso y ejercicio de estas actividades, en función de las exigencias que el desarrollo reglamentario de la Ley pueda llegar a imponer para el ejercicio de esta actividad.» en «Regulación y libertad empresarial», en *Regulación sectorial...*, op. cit., p. 85.

derechos exclusivos. Para este tipo de autorización no se considera la posibilidad de transmisión del título⁴⁷³ (art. 80 LSH).

Pese a la importancia de dicha reglamentación, la autorización de comercialización no se reglamentó sino hasta el 2002 mediante el RLSH. De ahí que, en una primera etapa, el RD-Ley 15/1999, de 1 de octubre, por el que se aprueban medidas de liberalización, reforma estructural e incremento de la competencia en el sector de hidrocarburos, introdujo una norma para «autorizar con carácter provisional a aquellas personas jurídicas que pretendan desarrollar la actividad de comercialización de gas natural en todo el territorio nacional o en más de una Comunidad Autónoma y acrediten la suficiente capacidad legal, técnica y económica». Sin perjuicio de la autorización definitiva en el plazo y con los requisitos que se establecieron en el RLSH. De manera que, durante los tres primeros años de vigencia de la LSH, los requisitos se limitaron a estos tres aspectos.

1. Órgano competente para otorgar la autorización

De igual manera que para las instalaciones, el órgano competente para otorgar la autorización de comercialización es la DGPEM del MITC, cuando la actividad se va a desarrollar en más de una CA, o, el órgano competente en materia de energía de la Comunidad Autónoma correspondiente cuando la actividad se va a realizar exclusivamente en el ámbito territorial de una de ellas. En este último supuesto, el órgano respectivo tiene la obligación de remitir copia de la autorización y del expediente completo a la DGPEM del MITC para su inscripción en el Registro de Distribuidores, Comercializadores y consumidores cualificados –directos en mercado-, en cuyo caso la resolución respectiva será publicada en el Boletín de la CA (art. 15 RLSH).

⁴⁷³ Aunque en opinión del Profesor GALLEGO ANABITARTE, A., «no parece razonable rechazar la posibilidad de transmitir la autorización de empresa comercializadora, y lo único que habrá que hacer es acreditar que la entidad a que se transmite la autorización reúne los mismos requisitos legales que se exigen para obtener esta autorización», en «El sector del Gas...», op. cit., p. 27.

2. Requisitos para obtener una autorización de actividad de comercialización.

A los tres tipos de requisitos establecidos en la LSH referidos a la capacidad legal, técnica y económica, el RLSH ha añadido un cuarto, relativo a la acreditación de la capacidad necesaria para garantizar el suministro (art. 14.1 RLSH). Estos requisitos se pueden acreditar, de acuerdo con el RLSH, a través de diversos medios. Con respecto a la capacidad legal, el RLSH establece que el comercializador debe revestir la forma de sociedad mercantil de nacionalidad española, o de otro Estado miembro de la Unión Europea con establecimiento permanente en España⁴⁷⁴. La capacidad técnica se puede acreditar a través de tres medios excluyentes entre sí: el primero, mediante una memoria explicativa detallando y justificando los medios técnicos y personales que se pondrán al servicio de la actividad, así como los servicios de control y atención de urgencias y reclamaciones, de inspección de instalaciones, facturación, medida y cobro de clientes; en segundo lugar, acreditando el ejercicio de la actividad de distribución o comercialización de gas o electricidad al menos en los últimos 3 años; y el tercero, contando entre sus socios con uno que pueda acreditar su experiencia durante los últimos 3 años en la actividad de distribución o comercialización de gas o electricidad, y que tenga una participación en el capital social igual o superior al 25%.

En relación con la capacidad económica, el solicitante de la autorización debe aportar toda la documentación que sirva para garantizar su viabilidad económico-financiera, según los planes de negocio planteados por la empresa (art. 14.4 RLSH). Para ello, debe describir el programa financiero, en el que deben detallarse los medios «propios y ajenos» con los que cuenta para el desarrollo de su actividad, aportando a tal efecto la documentación justificativa pertinente. En todo caso, se considerará cumplido este requisito cuando el sujeto disponga, en el momento de solicitar la autorización, de un capital afecto a la actividad de al menos 2.000.000 de euros íntegramente desembolsado. Adicionalmente, el artículo 14.4 RLSH establece que, posteriormente, cada vez que solicite una prórroga de la actividad de comercialización, debe remitir, junto a la solicitud, una memoria de las actividades llevadas a cabo en los últimos 5

⁴⁷⁴ En este sentido, habría que hacer la misma observación realizada para el caso de la autorización de instalaciones con respecto a la posible vulneración del derecho comunitario. Vid. nota 415.

años, así como las previsiones de venta en los próximos ejercicios «En función del nivel de actividad llevada a cabo y prevista, deberá adecuar el capital de la empresa, adecuándolo a la mayor de las cantidades siguientes: 2.000.000 de euros o el 1 por 100 de la facturación media de la empresa en los dos últimos ejercicios». Aspecto que resulta llamativo, entre otras cosas, porque el artículo 17 del mismo reglamento establece que las autorizaciones para ejercer esta actividad tienen validez indefinida, aunque establece determinados requisitos para su renovación anual.

Finalmente, en cuanto a la capacidad de suministro, entendiendo por tal, la capacidad para atender las demandas de gas a sus clientes sin que se produzcan restricciones, más allá de las extraordinarias. Este requisito, según el RLSH, se puede acreditar a través de «la existencia de contratos, precontratos o garantías de suministro de un proveedor de gas que puedan ser utilizadas para dar cobertura a las actividades de comercialización previstas, asegurando la necesaria diversificación de sus suministros»⁴⁷⁵ (art. 14.5 RLSH).

3. Solicitud de autorización de comercialización. Requisitos y procedimiento.

De acuerdo con el artículo 16 RLSH, la solicitud de autorización debe contener: la escritura de constitución de la empresa debidamente inscrita en el Registro Mercantil; una certificación de que la empresa está dada de alta en el IAE; acreditación de los tres requisitos de capacidad, acuerdo con lo descrito en el epígrafe anterior; una memoria descriptiva de la previsión a medio plazo de sus actividades, indicando los servicios que pretende prestar a sus clientes, así como los medios materiales y personales puestos al servicio de la actividad que garanticen el cumplimiento de sus obligaciones como comercializador; la especificación del ámbito territorial para el que se solicita la autorización; el programa financiero en el que se detallen los medios propios o ajenos con los que cuenta el solicitante para el desarrollo de la actividad; y, los contratos,

⁴⁷⁵ Esta condición fue objetada por la CNE en su Informe 17/2002, de 4 de diciembre de 2002, mediante el cual informó «La propuesta de Real Decreto, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministros y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural». Al respecto la CNE, consideraba que era necesaria la simplificación de las condiciones para acceder a la actividad de comercialización y entre otras medidas propuso la eliminación de este requisito, por suponer posibles barreras de entrada, que dificultan la entrada de nuevas empresas al mercado (punto 5. Segunda).

precontratos o garantías de suministro de los proveedores de gas que se prevén utilizar para dar cobertura a las actividades de comercialización previstas. Adicionalmente, podrá aportar toda aquella documentación que se considere necesaria para acreditar la debida capacidad legal, técnica o económica de la sociedad.

En el procedimiento para el otorgamiento de este título no se establece el trámite de información pública (art. 16.3 RLSH). Con vista en esta documentación, una vez que se ha examinado el cumplimiento de los requisitos, la Administración competente dicta la resolución otorgando o denegando la autorización, pero en cualquier caso dicha resolución debe ser motivada y publicada en el «BOE» o en el Boletín Oficial de la CA respectiva.

La autorización otorgada tiene validez indefinida aunque condicionada, pues anualmente las empresas deben demostrar que siguen cumpliendo las condiciones por las cuales se les autorizó, así como una memoria resumen de las actividades realizadas en el año precedente, acompañada de los balances del último ejercicio, al que debe adjuntarse un informe de un auditor independiente. La Administración, en todo caso, tiene la potestad de solicitar ampliación de la información u otra adicional (art. 17 RLSH).

4. Causas de denegación de la autorización

Pese a que se establece que la solicitud debe entenderse denegada si en plazo de 3 meses contados a partir de la fecha de su presentación, «no recayera y fuera notificada resolución expresa» (art. 16.3 RLSH), la reforma introducida por Ley 12/2007 ha añadido un segundo párrafo al art. 80 LSH, según el cual la autorización puede ser denegada o condicionada, previo informe de la CNE, en los casos en que «la empresa solicitante o la sociedad dominante del grupo al que aquélla pertenezca tenga la nacionalidad de un país no miembro de la Unión Europea en el que no estén reconocidos derechos análogos y se considere que pueda resultar una alteración del principio de reciprocidad para las empresas que operan en el mercado nacional. Se entenderá por Sociedad dominante y grupo de sociedades los que a estos efectos establezca el artículo 4 de la Ley 24/1998, de 28 de julio del Mercado de Valores».

5. Caducidad, revocación y extinción de la autorización de comercialización

El artículo 18 del RLSH establece causas expresas, tanto para la caducidad como para la revocación de la autorización. En ambos casos, se debe realizar una instrucción previa del expediente con audiencia del comercializador.

El primer supuesto de caducidad de la autorización está referido a la inactividad de la empresa. Este supuesto se aplica cuando, transcurridos 2 años contados desde la fecha de publicación de la autorización, la empresa no hubiera hecho uso efectivo y real de la misma ejerciendo la actividad de comercialización y, por tanto, no hubiera realizado ventas o, si tal uso hubiera sido interrumpido durante el mismo plazo. En este supuesto la DGPEM del MITC debe dar de baja a la empresa en el Registro correspondiente. El GrTS, por su parte, tiene la obligación de comunicar a la DGPEM los casos en que detecte esta situación (art. 18.1 RLSH).

La revocación tiene lugar en tres casos específicos. Cuando se declare la quiebra o extinción de la personalidad jurídica del comercializador, por el incumplimiento probado de las condiciones exigidas para realizar la actividad de comercializador, así como las condiciones que dan lugar a la autorización para ejercer la actividad⁴⁷⁶; o, por la comisión de una infracción de las tipificadas como muy graves de acuerdo con el artículo 109 LSH. La revocación implica la cancelación de oficio de la inscripción en el Registro administrativo correspondiente.

La Resolución por la que se autoriza a las empresas comercializadoras emitida por la DGPEM, hace referencia expresa a las causas de revocación o caducidad de la misma⁴⁷⁷. Como único supuesto de extinción de la autorización el RLSH establece la renuncia del comercializador.

⁴⁷⁶ Este supuesto ha sido añadido por el artículo quinto del RD 1766/2007.

⁴⁷⁷ Vid. Resolución de 27 de agosto de 2007, por la que se autoriza a Galp Energía España, S.A.U., a (BOE núm. 226, de 20 de septiembre de 2007); Resolución de 29 de septiembre de 2003, por la que se autoriza definitivamente a Shell España, S.A., (BOE núm. 259, de 29 de octubre de 2003); Resolución de 20 de enero de 2004, por la que se autoriza definitivamente a Ingeniería y Comercialización de gas, S.A., (BOE núm. 62, de 12 de marzo de 2004); todas la DGPEM por la que se autoriza a las citadas empresas a ejercer la actividad de comercialización de gas natural y se procede a su inscripción definitiva en la

VII. Registro Administrativo de Instalaciones y empresas del sistema gasista

1. Consideraciones generales

Como último requisito, para que la instalación pueda ser incluida en el régimen retributivo, la LSH establece el registro. Al final del proceso de establecimiento se establece una modalidad de intervención administrativa de menor intensidad, que en un primer momento no consiste en comprobar si se dan las circunstancias requeridas para el ejercicio de la actividad, sino que se trata de mantener un registro actualizado realizando una comprobación periódica sobre el cumplimiento de las condiciones que dieron lugar al otorgamiento de la autorización y cuya omisión se considera como infracción muy grave (art. 109 SLH).

Con dicho propósito, el RLSH crea dos tipos de registro: el de instalaciones de transportistas de gas, y el de distribuidores, comercializadores y consumidores directos en mercado. El artículo 71 de la LSH establece que todas las instalaciones de regasificación, transporte y almacenamiento que hayan sido autorizadas, así como sus condiciones, deben estar inscritas en el Registro Administrativo de Instalaciones de Transportistas de Gas⁴⁷⁸. A este efecto, la misma norma lo crea en el MITC, remitiendo a desarrollo reglamentario lo relacionado con su organización y funcionamiento, previo informe de las CCAA. Además, la misma norma, autoriza a las CCAA para crear y gestionar sus respectivos registros territoriales, en el que deberán estar inscritas todas las instalaciones ubicadas en su ámbito territorial. En ningún caso, la inscripción en estos registros devenga tasas. Este registro está referido a las instalaciones de transporte, almacenamiento y regasificación (deja fuera la licuefacción), mientras que para el resto

sección 2ª del Registro administrativo de distribuidores, comercializadores y consumidores cualificados de combustibles gaseosos por canalización.

⁴⁷⁸ De acuerdo con la información suministrada por la Subdirección de Hidrocarburos del MITC, este registro aún no ha sido creado. Sin embargo, si se consulta la Orden por la que se establece la retribución de las actividades reguladas del sector gasista, y se observa específicamente su Anexo I, en el cual se fija el coste acreditado a las actividades de regasificación, almacenamiento y transporte, para el año 2002, se establece para tres grupos de empresas: Grupo Gas Natural, Grupo ENDESA y Grupo Gas de Euskadi. En el año 2007, aparecen: Transportista regional deL Gas, S.A., NATURGAS ENERGÍA TRANSPORTE, S.A.U.; ENAGAS, S.A, GAS NATURAL TRANSPORTE S.D.G., S.L., INFRAESTRUCTURAS GASISTAS DE NAVARRA, S.L.; ENDESA GAS TRANSPORTISTA, S.L. SEPTENTRIONAL DEL GAS, S.A., PLANTA DE REGASIFICACIÓN DE SAGUNDO, S.A.

de los sujetos del sistema el registro comprende la inscripción de la empresa respectiva. Es decir, crea un registro de sujetos distribuidores y comercializadores y además establece este requisito de inscripción para los CDM. Dicha inscripción es condición necesaria para que sean incluidos en el régimen retributivo del sistema.

A este efecto, el RLSH ha detallado las disposiciones que ordenan la creación de tales registros. Los citados registros están a cargo del MITC, y son gestionados por la DGPEM⁴⁷⁹ (art. 116.2 RLSH). En conformidad con el RLSH, todos los datos de carácter personal inscritos en estos registros se someterán a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal y determina cuáles sujetos tienen derecho de acceso, en el ejercicio de sus funciones, a la información contenida en estos registros: son la CNE, el GrTS, y las CCAA. En este último caso, ha de interpretarse que corresponde al órgano de la CCAA competente en esta materia. No obstante, todos ellos, están obligados a guardar secreto respecto de los mismos (art. 117. 4 y 5. RLSH).

La cancelación de la inscripción en estos registros puede darse de oficio o a instancia del interesado. Tratándose de la cancelación de oficio, será precisa la instrucción del correspondiente expediente con audiencia del interesado ya sea por el cese de la actividad o ya sea la revocación de la autorización respectiva.

2. Procedimiento de inscripción

En términos generales, de acuerdo con el RLSH, el procedimiento de inscripción es el mismo para todos los sujetos, aunque varían los requisitos que se solicitan. La solicitud de inscripción debe dirigirse al órgano competente para otorgar la autorización administrativa, ya sea a la DGPEM o al órgano respectivo de la CA. En este último caso, la CA debe dar traslado de la solicitud a la DGPEM, en el plazo de un mes desde su presentación. Para el caso de las empresas comercializadoras se establece la inscripción de oficio cuando hayan sido autorizadas por la DGPEM.

⁴⁷⁹ Pese a que esta reglamentación es de 2002 en la página web del MITC, en 2008, en la sección relativa a Registros de gas natural sólo se encuentra una lista actualizada de los comercializadores en la siguiente dirección: <http://www.mityc.es/Gas/Seccion/Registros/>

La DGPEM, una vez realizado el trámite, debe notificar la formalización de la inscripción, así como el número de inscripción en el registro correspondiente, tanto al interesado como a la CA respectiva, en caso de que se hubiere solicitado a través de ésta.

3. Registro Administrativo de instalaciones de transportistas de gas

Todas las instalaciones de transporte deberán estar inscritas en este registro. La solicitud debe ir acompañada de: los datos de identificación del titular de la instalación incluyendo los números de inscripción en el Registro mercantil y en el Registro de actividades industriales que corresponda, la acreditación de la titularidad de la instalación, la autorización administrativa de las instalaciones, un resumen de las principales características de la instalación; y, el acta de puesta en servicio de las instalaciones.

Este registro se estructura en cuatro secciones. En la sección primera deben inscribirse las plantas de recepción, almacenamiento y regasificación de GNL y las plantas de licuefacción que se puedan abastecer el sistema. Todas las instalaciones relativas a una de estas plantas constituyen un único registro. Los datos mínimos que deben constar son: capacidad de descarga, capacidad de almacenamiento, para cada tanque, capacidad de emisión con indicación de presiones, y capacidades relativas a otros elementos fundamentales de la planta. Todas las modificaciones de los elementos constitutivos de la planta se inscriben en el registro con carácter complementario a los datos registrados sobre dicha instalación. (121.3 RLSH). En la Sección segunda se inscriben los gasoductos de transporte primario⁴⁸⁰. A cada una de las instalaciones que lo componen se le asigna un número de registro, y cualquier modificación de las mismas se inscribe

⁴⁸⁰ Estas son: a) Gasoductos de transporte cuya presión máxima de diseño sea igual o superior a 60 bares, con indicación de sus instalaciones auxiliares y complementarias. b) gasoductos de conexión de la red básica de yacimientos de gas natural en el interior o con instalaciones auxiliares y complementarias. c) gasoductos de conexión internacional del sistema gasista español con otros sistemas o con yacimientos en el exterior, cuya presión máxima de diseño sea igual o superior a 60 bar, con indicación de sus instalaciones auxiliares y complementarias. d) Estaciones de Regulación y medida y estaciones de medida cuya presión máxima de entrada sea superior o igual a 60 bar. e) Estaciones de compresión incluidas en gasoductos de transporte primario.

como tal, con carácter complementario a los datos registrados sobre la instalación principal.

Los gasoductos de transporte secundario deben inscribirse en la sección tercera⁴⁸¹. En la Sección cuarta se realiza la inscripción de los almacenamientos subterráneos, así como todas las instalaciones relativas a éste incluyendo las instalaciones de conexión con la red básica. Los datos mínimos que deben constar son: capacidad total de almacenamiento, gas útil y capacidades de inyección/extracción. Cualquier modificación se inscribe en el registro con carácter complementario a los datos registrados sobre dicha instalación.

4. Registro Administrativo de Distribuidores, Comercializadores y Consumidores Directos en mercado de combustibles gaseosos por canalización

Originalmente, la LSH creó el Registro de Distribuidores, Comercializadores y Consumidores Cualificados de gases combustibles por canalización. Por su parte, la Ley 12/2007 mediante su artículo único.30 ha creado un nuevo registro en el que sustituye a los consumidores cualificados por los CDM. A esos efectos modifica el artículo 83 de la LSH, -que viene a realizar, básicamente, un cambio en la denominación-. Adicionalmente, de conformidad con la DA trigésima añadida a la LSH por el artículo único.54 de la Ley 12/2007, a este Registro quedan incorporados, desde el momento de su creación, todos los asientos registrales vigentes en el Registro de Distribuidores, Comercializadores y Consumidores Cualificados de gases combustibles por canalización (art. 83 LSH).

El existente hasta la entrada en vigencia de esta reforma consta de tres secciones: la sección primera es para empresas distribuidoras. En este caso, la solicitud debe ir acompañada de: la escritura de constitución de la sociedad debidamente inscrita en el

⁴⁸¹ Incluyendo: a) gasoductos de transporte cuya presión máxima de diseño esté comprendida entre 60 y 16 bar con indicación de sus instalaciones auxiliares y complementarias. b) gasoductos de conexión de la red básica con yacimientos de GN en el interior o con almacenamientos, cuya presión máxima de diseño esté comprendida entre 60 y 16 bar, con indicación de sus instalaciones auxiliares y complementarias. c) gasoductos de conexión internacional del SG español con otros sistemas o con yacimientos en el exterior, cuya presión máxima de diseño esté comprendida entre 60 y 16 bar, con instalaciones auxiliares y complementarias.

Registro Mercantil, las autorizaciones administrativas para el ejercicio de la actividad, otorgada por la administración competente, con indicación de las áreas geográficas de suministro. No obstante para cada empresa habrá un único registro en el cual constarán las áreas geográficas que le han sido autorizadas. La formalización de la inscripción se notifica al interesado y al órgano competente de la CA respectiva, por la DGPEM.

La Sección segunda corresponde a las empresas comercializadoras. En su caso, la solicitud debe ir acompañada de la autorización que le ha sido otorgada.

La sección tercera corresponde a los consumidores antes cualificados ahora directos en mercado. En este caso, la solicitud debe dirigirse al órgano competente de la CCAA donde se ubique el punto de suministro o instalación, respecto del cual el consumidor pretende ejercer dicha condición y debe acompañarse, al menos, de la información sobre los datos de identificación y acreditación de la titularidad de los puntos de suministro o instalaciones que se pretenden suministrar.

Las empresas distribuidoras, comercializadoras y los CDM que no se suministren a través de un comercializador autorizado, deben hacer constar el número de identificación que tengan asignado en el Registro Administrativo de Distribuidores, Comercializadores y Consumidores Directos en Mercado, en los documentos en los que formalicen las transacciones que tengan por objeto la compra o venta de GN, o el acceso a las instalaciones gasistas (art. 131 RLSH).

5. Control de la actualización de los datos.

Todos los sujetos inscritos en ambos registros, tienen la obligación de comunicar cualquier modificación que se produzca en los datos que figuran en el mismo en el plazo de un mes, incluyendo las modificaciones relativas a cambios en la denominación o razón social del titular, las fusiones, absorciones o escisiones de sociedades que afectan a la titularidad de las instalaciones, así como la ampliación sustancial de las mismas (art. 130 RLSH).

Como medida de control, anualmente durante el primer trimestre, la DGPEM comunica a las empresas inscritas en el Registro Administrativo de instalaciones de transportistas, así como a las distribuidoras los datos registrales correspondientes con el objetivo de

que las empresas confirmen su exactitud, o en su caso, señalen, motivadamente, las modificaciones existentes (art. 130.2 RLSH).

CAPÍTULO CUARTO.

EL RÉGIMEN DE LAS ACTIVIDADES Y EL ESTATUTO JURÍDICO DE LOS SUJETOS ACTORES

I. Planteamiento general

Una vez establecido el régimen de habilitación para actuar en el sector, y antes de analizar la regulación creada para articular las actividades que realizan los sujetos del sistema sobre la base de las instalaciones propias o de terceros, se estudia en este capítulo el régimen de cada una de las actividades que se realizan en el sector, así como el estatuto jurídico general que determina la permanencia en el mismo de los sujetos que las llevan a cabo.

En principio, como se estudió en el capítulo anterior, una vez obtenida la autorización de instalación y considerando que se reconoce la libre iniciativa empresarial para el ejercicio de las mismas, de acuerdo con el artículo 2.2 LSH, podría pensarse que queda poco que regular con respecto a su régimen. Sin embargo, otra vez se observa el fenómeno producido por la liberalización –que ya se apuntaba en los documentos preparatorios-, que por el contrario, conduce a la creación de normativa mucho más detallada con respecto a éstas⁴⁸², especialmente en lo referido a la garantía de suministro que se traduce en una serie puntualizada de derechos y obligaciones de los sujetos actores.

En este capítulo se estudia el estatuto jurídico relativo a las actividades, dejando para un capítulo posterior todo lo relacionado con el acceso de terceros a la red, es decir, la interrelación entre los sujetos y sus obligaciones relativas al ATR.

A partir de las autorizaciones de instalación, que lo son también para la explotación de la misma, es decir para la realización de la actividad, según se estudió en el capítulo

⁴⁸² En el Prólogo al libro *Un nuevo régimen para las infraestructuras de dominio público*, Ed. Montecorvo, S. A, Madrid, 2000, se lee: «los derechos y obligaciones con que se hace funcionar un sector privatizado son los mismos que deberían haberse erigido en el sector publicado, pero que, bajo la excusa de que el Estado no necesita desconfiar de sí mismo, nunca se construyeron (...) la concreción de los derechos y obligaciones que se ponen en juego en los sectores privatizados es una de las claves –quizá la principal- de tales avances.» p. 27.

anterior, se pueden singularizar las siguientes actividades: la regasificación, el almacenamiento, el transporte y la distribución. Sin embargo, por un lado, al inicio de la cadena habría que añadir, la investigación, la exploración, la explotación y/o la producción y por otro, al final de ésta, la comercialización. De manera que, como puede observarse, no hay una correlación entre los sujetos y las actividades. Este hecho, que ya adelanta algo sobre la separación jurídica de las actividades o el régimen jurídico de los sujetos, de momento se menciona con el propósito de justificar el análisis a partir de las actividades y no de los sujetos ya que, en este sector, por decirlo de alguna manera, hay más actividades que sujetos, cuestión que no es baladí, especialmente teniendo en cuenta que uno de los mecanismos de introducción de competencia está relacionado con la separación de actividades.

Por otra parte, también se incluye en este capítulo el estudio del régimen jurídico de todas las actividades, pese a que no formen parte propiamente del sistema del GN, abarcando todo el ciclo de actividades del sector aunque su regulación esté excluida de éste, caso de las actividades de investigación, exploración y explotación de hidrocarburos.

Consecuentemente, el objeto de estudio de este capítulo es el régimen jurídico de las actividades que realizan los sujetos del sector singularmente consideradas. El cual, por lo demás, se establece en gran medida a través de la ordenación de los derechos y obligaciones a los que deben ajustarse los sujetos, -que una vez constatado el cumplimiento de condiciones de carácter legal, técnico y económico, exigidos para la posesión de la titularidad de una instalación- y cuyo cumplimiento asegura su permanencia en el sistema.

Finalmente, debe recordarse que, tanto el régimen jurídico de las actividades como el estatuto de los sujetos que las llevan a cabo son producto de una serie de reformas que poco a poco han ido completando el sistema hasta su conformación actual, pero cuya configuración apenas se adivinaba en la LSH publicada en 1998. Sobre las actividades propiamente dichas la LSH es bastante escueta y en algunos aspectos hasta podría decirse omisa. La Ley 12/2007 ha clarificado algunos aspectos básicos, pero aún han quedado preceptos que deben corregirse. La DMIGAS es más precisa definiendo las actividades y la Directiva del Gas, que la deroga, lo es aún más.

Todas estas cuestiones que, puede decirse, constituyen el régimen de permanencia de los sujetos en el sistema, se estudian con detalle en este capítulo.

II. En general sobre el régimen de las actividades y el estatuto jurídico de los sujetos del sector. Consideraciones preliminares.

El artículo 1 establece que el objeto de la LSH es regular el régimen jurídico de las actividades relativas a los hidrocarburos líquidos y gaseosos cuyo ámbito de aplicación, en lo que aquí interesa, incluye: «La adquisición, producción, licuefacción, regasificación, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización de combustibles gaseosos por canalización» (art. 1.2 c) LSH).

En relación con el régimen de ejercicio de las actividades, como se ha venido señalando, la LSH en su artículo 2.2 anuncia: «se reconoce la libre iniciativa empresarial para el ejercicio de las actividades a que se refieren los Títulos (...) y IV de la presente Ley». El Título IV de la LSH se ocupa del sistema gasista. Y a continuación, el citado precepto añade: «Estas actividades se ejercerán garantizando el suministro de (...) gas por canalización a los consumidores demandantes dentro del territorio nacional y tendrán la consideración de actividades de interés económico general». Consecuentemente, el artículo 54, con el que se inician las disposiciones generales de dicho Título, especifica: «la fabricación⁴⁸³, regasificación, almacenamiento, transporte, distribución y comercialización de combustibles gaseosos para suministro por canalización podrán ser realizados libremente en los términos previstos en este Título (...)»⁴⁸⁴.

⁴⁸³ La actividad de fabricación se excluye de este estudio básicamente por dos razones. En primer lugar porque dicha actividad no se realiza en el ámbito del GN, que en términos estrictos no se fabrica. La referencia a esta actividad proviene del hecho de que el Título IV establece la «Ordenación de gases combustibles por canalización», es decir, incluye también la regulación de los gases combustibles distintos del GN que si son objeto de fabricación, y en segundo término porque el propio artículo 56 de la LSH dispone: «A los efectos establecidos en la presente Ley tendrá la consideración de fabricación de gases combustibles, siempre que éstos se destinen al suministro final a consumidores por canalización, las siguientes actividades: a) La fabricación de combustibles gaseosos manufacturados o sintéticos, b) La mezcla de gas natural, butano o propano con aire». En consecuencia, la actividad de fabricación no se considera como una de las que integran el sistema del GN.

⁴⁸⁴ Adviértase desde ahora que este artículo no se refiere al suministro como una actividad propiamente dicha, sino que utiliza el término en su acepción más general. Este es el primer artículo del Capítulo 1 del

De lo anterior, podría concluirse que una vez adquirida la autorización de instalación o actividad, según corresponda, y realizada la inscripción en el registro respectivo, las actividades del sistema podrían realizarse libremente. No obstante, no debe perderse de vista el contexto, es decir, los términos previstos en el Título. Hay que recordar que el ejercicio de las actividades en régimen de libre iniciativa empresarial debe entenderse, no sólo en un estadio del iter del proceso que debe conducir al régimen de libre competencia, sino en concordancia con las normas que ordenan las «actividades de interés económico general», es decir, la subsistencia de las obligaciones de servicio público. O dicho de otra forma, debe interpretarse en el marco constitucional.

En consecuencia, el legislador establece en el artículo 60 una matización que, si bien en la redacción original de la LSH era confusa⁴⁸⁵, ha sido aclarada por la Ley 12/2007, que precisamente, establece como uno de sus objetivos la reordenación de las actividades. No obstante, hay que decir que considerando la indefinición inicial de la LSH, entre otras cosas, en cuanto a la inexistencia de un criterio ordenador del sistema –ya sea subjetivo u objetivo, es decir, a partir de las instalaciones, como parecía ser la intención inicial al definir a los sujetos según las instalación que poseen⁴⁸⁶–, la reforma tendría que haber sido más profunda para lograr corregir todas las imprecisiones.

En ese orden de cosas, entre las reformas introducidas, el artículo único.10 de la Ley 12/2007 ha modificado el artículo 60.1 que en su redacción vigente dispone: «La

Título IV, que se denomina «Ordenación del suministro de gases combustibles por canalización». Sin embargo, como se estudiará en detalle, también se refiere a la relación de entrega del combustible. Por otra parte, en este artículo tampoco se incluye la actividad de producción que sí está considerada en el artículo 1.2 LSH. Estas imprecisiones se repiten constantemente en la LSH.

⁴⁸⁵ La redacción original del art. 60 era oscura, pues de entrada no distinguía entre el régimen de las mismas: «1. Las actividades realizadas por los sujetos a que se refieren los apartados a), c) y d) del artículo 58, se desarrollarán en régimen de libre competencia, conforme a lo dispuesto en la presente Ley y las disposiciones que la desarrollen». Los sujetos relacionados en dichos incisos son los transportistas, los distribuidores y los comercializadores. Pero seguidamente, el legislador, en el segundo párrafo del citado artículo –60.1– establecía una matización al añadir: «La regasificación, el almacenamiento estratégico, el transporte y la distribución tienen carácter de actividades reguladas, cuyo régimen económico y de funcionamiento se ajustará a lo previsto en la presente Ley». Y en el punto 2. reiteraba: «2. La comercialización se ejercerá libremente en los términos previstos en esta Ley (...)» Sobre este tema, DEL GUAYO y ARIÑO ORTIZ, «La regulación de las actividades...», op. cit., pp. 102-105.

⁴⁸⁶ En este sentido, PÉREZ DE AYALA BECERRIL, L., «El sistema gasista y sus agentes» en *Derecho de la Energía*, La Ley-Endesa, Madrid, 2006, p. 447.

regasificación, el almacenamiento básico⁴⁸⁷, el transporte y la distribución tienen carácter de actividades reguladas, cuyo régimen económico y de funcionamiento se ajustará a lo previsto en la presente Ley». Y en su punto 2 añade: «(...) la actividad de comercialización se realizará en régimen de libre competencia, conforme a lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones que la desarrollen, y su régimen económico vendrá determinado por las condiciones que se pacten entre las partes».

En general, lo que se halla en la LSH es una enumeración de derechos y obligaciones de los sujetos en relación con las instalaciones que les han sido autorizadas, de hecho una obligación típica es: «realizar sus actividades en la forma autorizada y conforme a las disposiciones aplicables prestando el servicio de forma regular y continua (...)»⁴⁸⁸ (arts. 68 a) y 74a)). Excepto en el caso de la comercialización de cuyo funcionamiento, en principio, poco habría que decir, puesto que se rige por lo pactado entre las partes a excepción, claro está, de lo relativo al ATR por parte de estos sujetos.

La LSH introduce entonces dos regímenes distintos para el ejercicio de las actividades: el regulado y el libre. Sin embargo, como podrá constatarse a lo largo del estudio, en general, del articulado de la LSH, y en particular, del régimen de derechos y obligaciones de los sujetos y por tanto de realización de las actividades, dichos términos no son los más adecuados para calificar tal situación. Ello considerando que, como ha señalado la doctrina⁴⁸⁹, no es correcto contraponer las actividades reguladas a las

⁴⁸⁷ La calificación de «básico» del almacenamiento es otra de las modificaciones más relevantes ya que antes hacía referencia a estratégico pero sin llegar a definirlo, como si se ha hecho en la Ley 12/2007, al distinguir y determinar cuáles se consideran almacenamientos básicos.

⁴⁸⁸ Como ya señaló el profesor SALAS: «el título concesional, no contiene la regulación completa de las actividades objeto del mismo, sino que, junto a determinadas especificaciones, en realidad, remite a una amplia reglamentación aprobada con carácter previo. Esta reglamentación está en la actualidad representada, esencialmente, por la Ley 10/1087 y por el Reglamento de 1973. Una normativa que permite concluir que estamos en presencia de una actividad publicitada esencialmente «ordinamentalizada», donde los aspectos propiamente «negociales», característicos de la concesión tradicional, son realmente mínimos. La concesión del servicio de gas por canalización, en cualquiera de sus fases o manifestaciones es, en esencia, un simple acto-condición que se limita, prácticamente, a abrir la puerta a un régimen reglamentado poco menos que exhaustivamente con carácter general, al que aquella se remite por entero, concretando sólo los detalles circunstanciales y específicos de cada supuesto.», en «Régimen jurídico de...», op. cit. p. 36-37.

⁴⁸⁹ Según DEL GUAYO y ARIÑO ORTIZ, hay una indefinición del concepto de regulación en la LSH: «no se entiende bien qué significa para el autor de la LSH que una actividad esté regulada y cómo concibe la competencia entre actividades reguladas. Parece que opone libre competencia a regulación, cosa que es

ejercidas en régimen de libre competencia. Si se atiende a la definición del término regular, según se señaló en el capítulo segundo de este estudio: «determinar las reglas o normas a que debe ajustarse alguien o algo» o «ajustar el funcionamiento de un sistema a determinados fines», es necesario establecer normas tanto para introducir competencia como para reservar el ejercicio de la actividad evitando que ésta se produzca. De manera que, en cualquier caso, no reside en la denominación que reciba el régimen que se les atribuya sino en el objetivo mismo de las normas. Además, porque ello implicaría negar que se quiere introducir competencia, en la medida de lo posible, también en las llamadas «actividades reguladas».

Por lo tanto, se entiende que, en el espíritu liberalizador de las actividades del sector, se hace una primera afirmación general sobre la libertad de los sujetos para la realización de las actividades y, siguiendo esta premisa estableció el régimen de acceso de terceros, que introduce, en cierta medida, algún grado de libertad en la utilización de las redes, que se procuran lo más accesibles posible al uso por parte de sujetos distintos de sus propietarios y en el cual no cabe el mismo grado de libertad que en el caso de la comercialización⁴⁹⁰. De ahí que, como ha señalado la doctrina⁴⁹¹, la afirmación aunque contradictoria en sus términos, quiere reflejar dos situaciones diferentes en función de las actividades que regula. Esta situación, en todo caso, no parece tener mayor

a todas luces y tras casi dos décadas de «regulación para la competencia», una simplificación (conceptual y práctica) y es que habría que distinguir distintos niveles de regulación, en función de las características de la actividad: en algunos casos –plantas de regasificación- se pueden prestar en competencia; en otros Red Básica- estamos ante un claro monopolio natural. El artículo está mal redactado, pues debería decir que, en principio, se ejercitarán en régimen de libre competencia las actividades enumeradas en el artículo 54.1 de la LH, sin perjuicio de las determinaciones contenidas en esta Ley». «La regulación de las actividades...», op. cit., p. 104 Por su parte, GALLEGO ANABITARTE y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «no parece que esa clasificación legal responda a una diferenciación esencial entre el régimen jurídico de unas y otras. En todos los casos se trata de actividades que se realizan en el marco de la libertad de empresa (...) pero que, por su relevancia desde la perspectiva de los intereses generales, son objeto de una regulación legal que impone límites o cargas. Hay libertad de empresa, pero su ejercicio está modulado y condicionado por el interés público y la trascendencia de una actividad que es esencial para la vida ordinaria de los ciudadanos...» en «La nueva...», op. cit., pp. 42-43.

⁴⁹⁰ En opinión de LÓPEZ DE CASTRO, y ARIÑO ORTIZ, G., «El régimen jurídico de las actividades competitivas está presidido por cuatro libertades: libertad de entrada, de acceso a la red, de contratación y formación competitiva de precios y libertad de inversión.», en *Derecho de la competencia en sectores regulados. Fusiones y adquisiciones. Control de empresas y poder político*, Editorial COMARES, Granada, 2001, p. 20.

⁴⁹¹ DEL GUAYO y ARIÑO ORTIZ, G., «La regulación de las actividades...», op. cit., p. 104

trascendencia en cuanto a la ordenación del sistema gasista, siendo algo más que una mera denominación, bajo la cual se agrupan unas (regasificación, almacenamiento, transporte y distribución) y se diferencia otra (comercialización).

Ahora bien, a partir de esta diferenciación el RLSH se refiere a dos tipos de mercados el «mercado regulado» y el «mercado liberalizado», según se vio en el capítulo segundo, y cada una de las actividades se desarrolla en un régimen singular que varía según sea el sujeto que suministra el GN y del tipo de consumidor que es suministrado, pues aunque nominalmente ya no hay separación entre consumidores y por tanto entre mercados, en la práctica, ésta continúa existiendo.

De acuerdo con la legislación vigente, esta situación se mantendrá hasta julio de 2008, fecha en que desaparecerá el suministro de último recurso y deberá entenderse que todos los consumidores pasan al mercado liberalizado (art. 2. RD 1068/2007).

III. Régimen de las actividades singularmente consideradas

En este epígrafe se realiza el análisis de cada una de las actividades, tanto de las incluidas dentro del sistema gasista como las excluidas del mismo, pero que son parte de la cadena del GN y que están reguladas en la propia LSH. A efecto de una mayor claridad, dado que desde la publicación de la LSH hasta la fecha, se ha avanzado en el proceso de liberalización, se hace referencia a la evolución de cada una de las actividades desde la norma primigenia, determinándose la situación de partida y haciendo mención de las modificaciones más relevantes que han sido introducidas con posterioridad. Además se definen los sujetos y su estatuto jurídico general, sin perjuicio, de que sea detallado posteriormente con relación a determinados aspectos como el ATR o el régimen económico.

La complejidad de las instalaciones y las actividades que se llevan a cabo sobre ellas requeriría de un estudio mucho más detallado, a falta de ello, se intentan describir los aspectos más relevantes a los efectos de conocer las nociones básicas para la comprensión de su régimen jurídico.

Finalmente, debe señalarse que la LSH prevé que las actividades para el suministro de GN que se desarrollen en territorios insulares y extrapeninsulares serán objeto de una

regulación reglamentaria singular, previo acuerdo con las Comunidades y Ciudades Autónomas afectadas y debe sujetarse a las especificaciones derivadas de su situación territorial (art. 60.5 LSH).

1. Las actividades de investigación, exploración y explotación.

Con respecto a estas actividades, en el contexto de este estudio, interesa destacar especialmente lo relativo a la exploración, ya que como se observó en el capítulo anterior al estudiar el título habilitante de cada actividad, una vez realizada la exploración e investigación y hallado el hidrocarburo, la explotación está directamente conectada con el ciclo del GN, ya sea por la utilización de las instalaciones como almacenamientos, una vez agotado el yacimiento, o, por el derecho que se otorga al titular de una concesión para vender libremente los hidrocarburos obtenidos en la misma (art. 24.3 LSH). Entre tanto, las actividades de investigación y exploración de GN no sólo se encuentran más alejadas del ciclo de este combustible, dada la práctica inexistencia de GN en territorio español, sino también porque, lógicamente, las mismas se realizan en relación con todo tipo de hidrocarburos.

A continuación, se hace referencia de manera general, a los aspectos relativos a estas actividades que mayor incidencia tienen en el sistema gasista.

A. Aspectos formales. Actividades excluidas del sistema gasista.

En la cadena de actividades del sistema gasista configurado por la LSH no se incluyen las actividades previas, relativas a la investigación, exploración y explotación, aunque a diferencia de la Ley del Gas que le antecede⁴⁹², sí están comprendidas en la propia LSH, específicamente en el Título II: «Exploración, investigación y explotación de

⁴⁹² Esta situación no es nueva. Bajo la vigencia de la Ley del gas la regulación de estas actividades estaba contenida en la Ley de Hidrocarburos, lo que no dejaba de tener algunas consecuencias a efectos de interpretación de la normativa en su conjunto. En este sentido, DEL GUAYO, I. «La normativa del sector prescinde del primer elemento del ciclo: la explotación de yacimientos. El ciclo queda así mutilado (...) Queda latente la idea de que este asunto sigue sometido a la Ley de investigación y explotación de hidrocarburos de 1974. Hubiera sido clarificador hacer una remisión expresa a esa ley para dotar al grupo normativo de más claridad. La ausencia de toda remisión demuestra que el legislador no ha dado muestras de ponderación y reflexión.» *El servicio...*, op. cit., pp. 132-134.

hidrocarburos»⁴⁹³. Este título abarca la normativa que regula dichas actividades referidas, en general, a todos los hidrocarburos, por tanto, al GN. De conformidad con la DF 1ª apartado 3 de la LSH: «Los preceptos del Título II relativos a exploración, investigación y explotación de hidrocarburos son de aplicación general al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.13ª, 18ª y 25ª de la Constitución»⁴⁹⁴. Como es bien sabido, las actividades se llevan a cabo sobre bienes de dominio público y, por tanto, el margen de regulación es reducido. A ello hay que añadir que, ciertamente, la extracción de GN en España es poco significativa⁴⁹⁵.

B. Actividades excluidas del régimen de libre competencia.

En relación con estas actividades, de manera muy general, hay comenzar recordando lo que declara el artículo 2.1 de la LSH: «A los efectos del artículo 132.2 de la Constitución, tendrán la consideración de bienes de dominio público estatal los

⁴⁹³ Este Título ha incorporado la normativa comunitaria establecida mediante la Directiva 94/22/CE, del Parlamento y del Consejo, de 30 de mayo de 1994, sobre las condiciones para la concesión y el ejercicio de las autorizaciones de prospección, explotación y producción de hidrocarburos.

⁴⁹⁴ El Proyecto de Ley inicialmente presentado al Congreso, con fecha 5 de enero de 1998 (121/000099) (BOCG, núm. 101-1 Serie A, de 5 de enero de 1998), sin embargo, sí contemplaba un supuesto al respecto en el artículo 61.1 referido a la adquisición: «La adquisición de gas natural procedente de yacimientos en España se regirá por lo dispuesto en el Título II de la presente Ley». Este fue suprimido por la enmienda presentada por el G. P. Popular núm. 194, según consta en el Informe de Ponencia, publicado en el BOCG, Senado, núm. 90 (e), de 18 de junio de 1998, p. 123), en cuya justificación se aduce que: «Se modifica el artículo suprimiendo el actual apartado 1 que hace referencia al Título II de la presente Ley en que realmente no se regula un régimen de adquisición de gas natural procedente de yacimientos en España, sino que tan sólo se predica la libertad del titular del yacimiento de vender a sujetos autorizados, sujetos a los que se refiere el nuevo apartado 1 (...)», (BOCG, Congreso de los Diputados, núm. 101-6, de 24 de marzo de 1998). Al suprimirse este inciso, se suprimió la única referencia existente a la actividad de «producción de gas».

⁴⁹⁵ Aunque se han encontrado bolsas de gas en algunos puntos de la Península, que están prácticamente agotados. Entre ellos los más significativos son Serrablo y Gaviota, que actualmente se utilizan como almacenamientos subterráneos. Según el Boletín Estadístico de Hidrocarburos núm. 50, de enero de 2002, la producción interior de GN de los yacimientos se eleva a 482 millones de termias, un 0,5% más que la del mismo mes del año 2001, con aumento en la extracción de las explotaciones del Ruedo (Sevilla) y Poseidón (frente a las Costas de Cádiz) y aunque el porcentaje final de extracción no llega a constituir el 2%, sí existen yacimientos españoles que están siendo explotados. También hay que señalar que según consta en el documento «Información básica sobre los sectores de la energía» de la CNE, del año 2000, no se otorgó durante ese año, ningún permiso de investigación bajo la vigencia de la LSH, y los existentes se siguen rigiendo por la Ley 21/1974 ya que ninguno de los poseedores de los permisos y concesiones ha hecho manifestación expresa de querer acogerse a la LSH, de acuerdo con lo establecido en su DT primera que ofrece esa posibilidad. Los primeros permisos otorgados en el marco de la LSH, a la compañía CONOCO se denominan Alboráneo Bryce, Alboráneo Cristóbal, Alboráneo David y Alboráneo Eric.

yacimientos de hidrocarburos y almacenamientos subterráneos existentes en el territorio del Estado y en el subsuelo del mar territorial y de los fondos marinos que están bajo soberanía del Reino de España, conforme a la legislación vigente y a los convenios y tratados internacionales de los que sea parte».

Este hecho delimita, en buena medida, su regulación y por tanto sus posibles modificaciones, y es consecuente con el artículo 2 de la LSH que excluye del régimen de libre iniciativa empresarial las actividades reguladas en el Título II de la misma: «Exploración, investigación y explotación de hidrocarburos» y cuya única excepción está referida a la «exploración superficial terrestre de mero carácter geológico» que puede efectuarse libremente en todo el territorio nacional (art. 13 LSH). La citada norma es conforme con el Derecho Comunitario, que en su artículo 295 TCE establece: «El presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad de los Estados miembros», pero sí impone que los títulos habilitantes para la realización de estas actividades se otorguen en igualdad de condiciones y mediante criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios⁴⁹⁶.

C. Estatuto jurídico de los titulares de permisos de investigación o concesiones de explotación de hidrocarburos, en relación con el sistema gasista.

A los efectos de este estudio, conviene subrayar algunos aspectos del régimen jurídico al que deben sujetarse los titulares de concesiones de explotación de hidrocarburos. La LSH comprende la posibilidad de que estas actividades sean realizadas por sociedades mercantiles mediante la obtención de las correspondientes autorizaciones de investigación, permisos de exploración, y concesiones de explotación⁴⁹⁷, otorgados de

⁴⁹⁶ La Directiva vigente en esta materia es la 1994/22/CE del Parlamento y del Consejo, de 30 de mayo de 1994, sobre las condiciones para la concesión y el ejercicio de las autorizaciones de prospección, exploración y producción de Hidrocarburos (DO L, núm. 164, de 30 de junio de 1994). Sobre este tema, VALENCIA MARTÍN, G., «La supresión del monopolio y el nuevo régimen jurídico del sector petrolero» en *RAP*, núm. 138, 1995, p. 297.

⁴⁹⁷ La Ley 12/2007 introduce una reforma a la DA 1ª de la LSH para establecer la obligación de los titulares de permisos de investigación y de concesiones de explotación al pago de un canon de superficie por hectárea y por año, que se devengan a favor del titular del dominio público.

acuerdo con los principios de objetividad, transparencia y no discriminación, según se estudió en el capítulo anterior.

Más específicamente, en relación con el sistema gasista, debe destacarse que el sujeto titular de un permiso de investigación está facultado «para investigar, en exclusiva, en la superficie otorgada la existencia de hidrocarburos y de almacenamientos subterráneos para los mismos», también confiere a su titular «el derecho, en exclusiva, a obtener concesiones de explotación, en cualquier momento del plazo de vigencia del permiso (...)» (art. 9.2 LSH).

Por su parte, el titular de una concesión de explotación tiene derecho «a realizar el aprovechamiento de los recursos descubiertos, bien por extracción de los hidrocarburos, bien por utilización de las estructuras como almacenamiento subterráneo de cualquier tipo de aquéllos» (art. 9.3 LSH). Además, prevé que el sujeto tendrá derecho a las autorizaciones pertinentes para la construcción y utilización de las instalaciones que sean necesarias para el desarrollo de su actividad, siempre que se ajusten a la legislación vigente y al plan de explotación previamente presentado (art. 9.3 LSH). Además, podrá venderlos libremente (art. 24 3. LSH).

En cuanto a las obligaciones de información, ambos sujetos deben proporcionar al órgano competente para otorgar el título habilitante respectivo, la información que les sea solicitada respecto a las características del yacimiento y a los trabajos, producciones e inversiones que realicen, así como los informes geológicos y geofísicos referentes a su autorización y concesión.

Asimismo, los poseedores de los títulos habilitantes respectivos para la realización de las actividades de exploración, investigación, explotación y/o almacenamiento de hidrocarburos, con carácter previo a la iniciación de los trabajos, están obligados a constituir un seguro de responsabilidad civil para responder a posibles daños a personas o bienes, como consecuencia de las actividades a desarrollar (art. 9.4 LSH).

A grandes rasgos, estos son los aspectos que interesa destacar. Sobre algunos de ellos se volverá al estudiar la actividad de almacenamiento subterráneo. El paso siguiente en la cadena es la incorporación del combustible al SG. En el caso del GN, como ya se ha

señalado, proviene en un alto porcentaje de yacimientos situados fuera del territorio español, según se estudia en el epígrafe siguiente.

2. La incorporación de gas natural al sistema. La adquisición del GN. Medidas introducidas para liberalizar la actividad.

La cadena del sistema gasista se inicia, según la LSH, con la incorporación del GN para su consumo en España. Como se mencionó antes, esta actividad se efectúa fundamentalmente desde el exterior ante la casi ausencia de yacimientos de este combustible en territorio español. Se puede llevar a cabo por dos vías: a través de gasoductos conectados a redes internacionales, o mediante buques metaneros que transportan el gas en estado líquido (GNL)⁴⁹⁸. Por lo tanto, esta actividad se realiza básicamente mediante la importación, y los intercambios intracomunitarios de combustibles gaseosos, que de acuerdo con el artículo 54.2 de la LSH, están sujetos a los requisitos que deriven de la normativa comunitaria⁴⁹⁹. La LSH, en efecto, no define expresamente cuál es el régimen de estas actividades⁵⁰⁰ que están directamente relacionadas con el aprovisionamiento del sistema.

⁴⁹⁸ Durante el año 2001, los aprovisionamientos se realizaron por ambas vías: en barcos metaneros el 55,5% (GNL) y, a través de gasoductos con conexiones internacionales el 45,5% restante. Es decir, prácticamente a partes iguales. Según detalla la CNE, en su «Informe sobre el consumo de gas natural en 2006»: «El 30,45% (frente al 33,88, en el año 2005) de los aprovisionamientos se recibe en forma de gas natural en forma gaseosa (GN) a través de los gasoductos del Zagreb y Larrau» mientras los suministros de gas natural licuado (GNL) representan «un 69,36% del total», 10 de agosto de 2007, pp. 5-6. Vid. DE QUINTO ROMERO, J., y LÓPEZ MILLA, J., «El aprovisionamiento de gas y la seguridad del suministro en el sector eléctrico», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 271-272, agosto-septiembre, 2007, pp. 27-40.

⁴⁹⁹ Los requisitos establecidos por la normativa comunitaria están ligados básicamente a las condiciones de acceso a las redes, según sea el tipo de acceso elegido por el Estado Miembro. Al respecto, como resultado de la discusión sobre los sistemas tarifarios del ATR, promovidos por la Comisión Europea y de los que da cuenta DEL GUAYO, I., se extrae que debido a diversos obstáculos en la regulación de dichas tarifas, «muy pocas cantidades de gas están siendo suministradas como consecuencia del ATR (un 5% en Austria, menos del 5% en Bélgica y Francia, un 16% en Italia, un 22% en Holanda y un 3% en España)» en *Precios y Tarifas...*, op. cit., p. 61.

⁵⁰⁰ En este sentido, DEL GUAYO, I., ARIÑO ORTIZ, G., *Liberalización y competencia en el sector del gas. Balance 1998-2003*, en *Privatizaciones y Liberalizaciones en España: Balance y Resultados (1996-2003)* Tomo II, La liberalización de la energía (gas, electricidad, petróleo), Fundación de Estudios de Regulación, COMARES, Granada, 2004, p. 61.

Por otra parte, las medidas introducidas en esta actividad, como se verá más adelante, constituyen uno de los primeros pasos que se dieron hacia una apertura efectiva del sector.

A. Una cuestión terminológica previa. Definición de la actividad

En el epígrafe anterior se han utilizado los términos incorporación y aprovisionamiento para referirse a esta actividad, sin embargo, antes de estudiar las medidas establecidas para introducir competencia en la misma, conviene hacer una breve referencia a los términos utilizados por la LSH para designarla. En su redacción original, el texto legal en sus artículos 1c) y 61 hace alusión al término «adquisición». No obstante, como observó la doctrina⁵⁰¹, ciertamente, éste no es el término más preciso para designarla puesto que en la práctica, no sólo los sujetos autorizados por la LSH adquieren GN. De ahí que, para evitar confusiones en la literatura sobre el tema se observa la sustitución de dicho término por el de «aprovisionamiento». Este es el término que se utiliza, no sólo en la normativa de desarrollo de la Ley⁵⁰² sino también por el ente regulador del sistema –la CNE- y que define como «actividad libre llevada a cabo por empresas mercantiles que adquieren gas natural destinado a los clientes que consumen gas natural»⁵⁰³. Puede llevarse a cabo importando el combustible desde terceros países o a través de intercambios intracomunitarios, según se señaló antes. En este sentido, el texto

⁵⁰¹ Al respecto, el profesor ARIÑO ORTÍZ observó que el término «adquisición» en la LSH tiene «un sentido limitado y restringido a las compras que se hacen para la reventa», pues es también cierto que los consumidores a tarifa y los distribuidores adquieren gas. *Principios de Derecho...*, op. cit., p. 707.

⁵⁰² Véase por ejemplo el RD ATRSEI y las órdenes Ministeriales que concretan el régimen económico. También el RD 1716/2004, y sus modificaciones incorporadas por el RD 1766/2007, es decir, posteriores a la Ley 12/2007, este último incluso lo define en su artículo Primero.dos, aunque señala que a efectos del cumplimiento de diversificación de suministro: «A estos efectos, se entiende por aprovisionamientos el GN importado en frontera española y destinado al consumo nacional.»

⁵⁰³ Así se define en el citado documento elaborado por la CNE: «La información básica de los sectores de la energía 2006» p. 107. Esta definición ha evolucionado según van transcurriendo los años. En el mismo Informe de 2001 se definía de manera más simple como «la actividad de adquirir el gas natural para su introducción dentro del sistema gasista».

de la LSH sí utiliza la terminología apropiada en el artículo 54.2 citado antes, ya que distingue entre la importación y el intercambio intracomunitario⁵⁰⁴.

Pues bien, pese a que el término aprovisionamiento parecía tener un uso más o menos generalizado en el sector, en la reforma introducida al artículo 61 LSH, por el artículo único.11 de la Ley 12/2007, se ha optado por sustituir el verbo «adquirir» por «incorporar» -que en todo caso, tampoco ha sido sustituido en las disposiciones generales de la LSH- específicamente en el artículo 1c) que continúa haciendo referencia a «La adquisición (...) de combustibles gaseosos» como una de las actividades cuyo régimen jurídico regula la Ley. Por tanto, en la LSH se sigue encontrando la referencia a la actividad de adquisición como una de las comprendidas dentro de su ámbito de aplicación, aunque en el desarrollo de la misma, específicamente en su artículo 61, utilice el verbo «incorporar» para definir tanto a los comercializadores como a los consumidores directos en mercado, que no son otros que los sujetos que adquieren el GN para aprovisionar el sistema.

A los efectos de este estudio, y dado que el término aprovisionamiento es el más común en la normativa del sector, se opta, en general, por la utilización de éste, abarcando la actividad de adquisición e incorporación, aunque en algunas ocasiones se haga referencia explícita a éstos en casos específicos en los que la LSH los utiliza.

B. Sujetos habilitados para el ejercicio de la actividad. Límites al porcentaje de abastecimiento. Medidas liberalizadoras.

Específicamente en el sistema del gas, la única medida originalmente establecida por la LSH para impulsar la liberalización relativa a la actividad de aprovisionamiento fue la ampliación del número de sujetos habilitados para llevarla a cabo⁵⁰⁵. Según el artículo

⁵⁰⁴ Ya que, como señala VALENCIA MARTÍN, G., «En los momentos actuales, jurídicamente sólo puede hablarse de importación y exportación en el comercio con terceros países, no en el ámbito intracomunitario. «La supresión...», op. cit., p. 298. Esta puntualización que el autor realiza para el crudo y los productos petrolíferos sería válida también para el GN.

⁵⁰⁵ De acuerdo con el mismo RD-Ley 6/2000, hasta el 31 de diciembre de 2003 ENAGAS sería el encargado de abastecer el mercado regulado, siendo el importador dominante, fundamentalmente a través del contrato de aprovisionamiento con Argelia, desde donde se importó, en el año 2000, el 60% de la totalidad de los aprovisionamientos. En segundo lugar, estaba Noruega con un 13% y en tercero Nigeria con un 11% de los aprovisionamientos totales. En 2006, el orden y porcentajes han variado: el 31,73%

61.1 de la LSH, estaban autorizados para realizar la incorporación del GN: los transportistas, los comercializadores y los consumidores cualificados. Pero la ampliación del número de sujetos autorizados para realizar esta actividad no resultaba, de por sí, una medida suficiente para dinamizar el sector, ya que para realizar la compra del gas en el exterior de manera que resulte rentable, entre otras cosas, se requería cierto poder de negociación que, dadas las condiciones del sector (alta concentración empresarial, y las cláusulas «take or pay» en los contratos internacionales) pocos sujetos poseían en el momento de promulgación de la LSH. De ahí que, mediante el artículo 7.4 del RD-Ley 6/2000 se introdujeran nuevas medidas relativas a los contratos ya existentes, estableciendo límites al porcentaje de abastecimiento de este combustible que cada sujeto autorizado podía incorporar al sistema y que debían cumplirse a partir del 1 de enero de 2003. Dicho RD-Ley determinó que «ningún sujeto o sujetos pertenecientes a un mismo grupo de empresas que actúen en el sector, de acuerdo con el artículo 42 del Código de Comercio, podrán aportar en su conjunto gas natural para su consumo en España en una cuantía superior al 70% del consumo nacional», con exclusión de los autoconsumos realizados. Además, se deja abierta la posibilidad de variar este porcentaje en función de la evolución y de la estructura empresarial del sector (art. 61. 4 y 5 LSH).

Recientemente, el artículo único.11 de la Ley 12/2007 ha modificado esta disposición para adaptarla al avance del proceso de liberalización, estableciendo nuevos límites en relación con la utilización que debe darse al combustible, y no ya en cuanto al sujeto a quien puede venderse. En realidad, los sujetos autorizados siguen siendo los mismos: los comercializadores, los ahora denominados Consumidores Directos en Mercado - antes consumidores cualificados-; y los transportistas. Con respecto a éstos últimos, se ha especificado que en el nuevo orden solamente pueden incorporar GN al sistema con un objetivo: «para el nivel mínimo de llenado de tanques de GNL, gasoductos de transporte, almacenamientos y redes de distribución y para cualquier otra función que

proviene de Argelia, el 20,07% de Nigeria, y en tercer lugar están los países del Golfo Pérsico con un 16,67%. Datos extraídos del «Informe sobre el consumo de gas natural en 2006», CNE, 10 de agosto de 2007, pp. 5-6.

reglamentariamente se establezca que no tenga como finalidad última el suministro»⁵⁰⁶, y no para su venta a otros transportistas o a distribuidores conectados a sus redes para atender el suministro a tarifa, pues esta función ha sido atribuida exclusivamente a ENAGAS. Sobre este tema se volverá en detalle al estudiar el régimen jurídico de los transportistas.

Por otro lado, la novedad en cuanto a los sujetos autorizados para realizar esta actividad es el GrTS, que ha sido autorizado para incorporar GN para «cualquier función que reglamentariamente se establezca que no tenga como finalidad última el suministro».

Consecuentemente, a estos sujetos se les concede el derecho de acceso a las instalaciones de regasificación, almacenamiento, transporte y distribución en los términos que se estudian en el capítulo siguiente (art. 61.2 LSH).

C. Los contratos de aprovisionamiento. En especial sobre el contrato de aprovisionamiento con Argelia

Los contratos de compra obligatoria generalmente a largo plazo, entiéndase entre 20 y 25 años, han sido la forma utilizada en el mercado del GN para la realización de los aprovisionamientos⁵⁰⁷. Estos contratos suelen incluir una cláusula conocida como «take or pay» (TOP), en virtud de la cual el comprador o el adquirente del gas se compromete a satisfacer el precio de determinadas retiradas del combustible, tanto si éstas se producen como si no⁵⁰⁸. En el caso Español, el principal contrato de aprovisionamiento

⁵⁰⁶ Esta obligación de los transportistas había sido establecida en la DT segunda de la Orden ITC/3993/2006 y se ha incorporado ahora con rango legal. A esos efectos además, la Resolución de 12 de abril de 2007, de la Secretaría General de la Energía, estableció el procedimiento de subasta para la adquisición de gas natural destinado a la operación y a nivel mínimo de llenado de las instalaciones de transporte, regasificación y almacenamiento subterráneo. (BOE núm. 93, de 18 de abril de 2007).

⁵⁰⁷ En el año 2000, se empezó a realizar contratos «spot», cargamentos concretos, a corto plazo, en concreto con Abu-dhabi, Qatar y Omán, que en realidad constituyen compras tácticas de oportunidad, no obstante, los contratos a largo plazo dominan las transacciones en el sector.

⁵⁰⁸ En general, estos contratos «Take or Pay», tienen por finalidad establecer un vínculo contractual duradero, que permita, en el caso del vendedor, recuperar las inversiones realizadas en la extracción del gas, y en su caso del proceso de licuefacción o su transporte fuera de sus fronteras; en el caso del comprador, asegurar una fuente de aprovisionamiento que le permita igualmente recuperar sus inversiones en las redes de transporte y distribución. Sobre este tema puede verse, DE QUINTO ROMERO, J., *Hacia un mercado competitivo del gas natural*, Granada, 2001, p. 136 y 137. Pero, el principal problema que presenta en un mercado libre es que, en efecto, como explica, GÓMEZ-FERRER

de este tipo es el realizado con Argelia. Éste se firmó en junio de 1992 –sus antecedentes han sido estudiados en el capítulo primero– para adquirir GN para su transporte por el gasoducto del Magreb. En ese momento, debido a la magnitud de las inversiones que debían emprenderse, se decidió transferir el contrato inicialmente firmado entre SONATRACH y ENAGAS, S. A., a SAGANE, S. A.⁵⁰⁹, filial de esta última, encargándole la construcción y operación del gasoducto. De manera que, SAGANE es quien debe soportar la cláusula «TOP» del contrato, adquiere el gas y luego lo vende a ENAGAS, S. A.⁵¹⁰.

Siendo éste el principal contrato de aprovisionamiento, y dado que el principal actor del sector era parte en el mismo, era imperativo, a efectos de introducir competencia, tomar determinadas medidas con el fin de diversificar los actores. Éstas se adoptaron mediante el RD-Ley 6/2000, cuyo artículo 15 impuso importantes medidas destinadas a permitir la participación de otras empresas del sector, y así promover la competencia⁵¹¹.

RINCÓN, R: «Si los competidores consiguen arrebatar clientes a los operadores ya establecidos porque consigan precios competitivos desde nuevas fuentes de aprovisionamiento, el gas que el operador histórico necesita adquirir se reduce y, sin embargo, éste no puede modificar su compromiso contractual.», *La transición a la competencia: y sus posibles compensaciones. Un estudio Crítico*, INAP, Marcial Pons, 2003, p. 156.

⁵⁰⁹ Esta medida se tomó previendo una situación como la ocurrida con el primer contrato suscrito entre ambas empresas «SAGANE S.A., se constituyó en 1994 con un capital suscrito en un 91 por ciento por el INH y en el 9 por ciento restante por ENAGAS. El INH quedaba obligado a indemnizar a SAGANE, a Gas Natural y a ENAGAS de cualquier perjuicio o quebranto como consecuencia del incumplimiento del contrato con Argelia. En marzo de 1996, ENAGAS compró, al ejercer la opción de compra que tenía, el 91 por ciento de SAGANE, S.A.» LASHERAS, M. A., *La regulación...*, op. cit., p. 232.

⁵¹⁰ En opinión de ARIÑO ORTIZ, G., estas cláusulas TOP, «tras la entrada en vigor de la LH han de ser reputadas como verdaderas cargas de servicio público y por tanto, como costes hundidos o varados» en: *Privatizaciones y liberalizaciones...*, op. cit., p. 88.

⁵¹¹ Esta imposición fue duramente criticada por la doctrina. En opinión de ARIÑO ORTIZ, G., medidas como «el reparto obligado del contrato de gas con Argelia son más que cuestionables, tanto desde el punto de vista jurídico (si no se contara con el consentimiento del propietario sería claramente confiscatorio), como desde el punto de vista económico (no veo en que forma puede ello contribuir a una rebaja en los precios, como consecuencia de esa artificial competencia; el gas se comprará a los mismos precios o quizás más caro, cuando Argelia los revise, en función de las condiciones del mercado y haya pluralidad de adquirentes.» en «Fines Laudables, medios deplorables», *Liberalizaciones 2000*, Editorial COMARES, Granada, 2000, p. 7; y el mismo autor en *Liberalización y competencia...*, op. cit., p. 73: «Asignar el 25% del gas argelino a los comercializadores (en su mayoría empresas eléctricas), no estimula en absoluto la asunción de riesgos empresariales en los mercados de origen y de destino del gas, imprescindible para el surgimiento de una pluralidad de comercializadores de gas». Por su parte, DE QUINTO, J., y SANZ, G., «Esta medida es gravemente cuestionable en varios sentidos. Primero, de dudosa constitucionalidad, en cuando desconoce la titularidad de los contratos (...) es de dudosa oportunidad desde el punto de vista de la política de competencia (...) tampoco parece suficientemente

Mediante la adición de la DT decimosexta a la LSH se dispuso que el GN procedente del contrato de aprovisionamiento con Argelia, suministrado a través del gasoducto de El Magreb, sería asignado de la siguiente manera: un 75% a ENAGAS, S. A., para su venta a los distribuidores, que a su vez, lo venden a los consumidores a tarifa; y, el 25% restante, a comercializadores para su venta a los entonces, consumidores cualificados. Para ello, antes del 31 de diciembre de 2000, a través de una Orden del Ministerio de Economía, se fijaría un procedimiento transparente y no discriminatorio para la aplicación de este último 25%. Además, se señaló que el precio incluiría el coste de adquisición de la materia prima más una retribución en concepto de gastos de gestión fijada reglamentariamente. Pero en todo caso, ordenó: «cada comercializador no podrá acceder a más de un 25 por 100 del gas destinado al mercado liberalizado. Podrá contemplarse la exclusión del mismo en función de la posición relativa en el mercado y contemplará la posibilidad de aplicar las cantidades no cubiertas por las peticiones de los comercializadores, al mercado a tarifas a través de la empresa «ENAGAS, Sociedad Anónima». A partir del 1 de enero del año 2004, el gas natural procedente de este contrato se aplicará preferentemente al suministro de gas a tarifas»⁵¹². En el verano de 2001⁵¹³ se publicó la Orden de 29 de junio, mediante la cual se fijaron las bases del

fundado desde el punto de vista económico (...) En definitiva, el reparto del contrato favorece los intereses de los nuevos operadores pero no claramente a los consumidores» En «Medidas presentadas...», *Liberalizaciones...*, op. cit., pp. 16-18.

⁵¹² Al margen de esto, pero directamente relacionado en la práctica, hay que destacar que con fecha 27 de julio de 2001, ENAGAS y Gas Natural Comercializadora suscribieron un contrato que definió una cantidad fija total reservada para ambas compañías de la cual, año a año, se descontaría la cantidad para el mercado regulado el año siguiente. Quedando la capacidad neta restante a disposición de Gas Natural Comercializadora. Informe al CATR 4/2002, p. 60. Al respecto la CNE: «Esta Comisión entiende que la transferencia de capacidad no requerida por el mercado regulado, esto es, aquella capacidad de entrada de la que dispone ENAGAS, S. A., asociada a un cliente que pasa de ser suministrado a tarifa a serlo a través de comercializador, debería ser puesta a disposición de la comercializadora que hubiera captado al cliente del mercado regulado, en lugar de quedar, en todo caso, a disposición de Gas N...» p. 61. En efecto, la CNE remitió al servicio de defensa de la competencia, en el que comunicaba la existencia de indicios de supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia, en relación con este contrato, ya que consideraba que se obstaculizaba la capacidad de regasificación. El Servicio, emitió Informe-Propuesta al Tribunal que consideró: «Declara que el grupo Gas Natural ha incurrido en una práctica prohibida por el artículo 6º de la Ley de Defensa de la Competencia y por el art. 82 del Tratado de la Unión Europea, por haber obstaculizado por vía contractual el acceso de terceros a la capacidad de regasificación, acceso esencial para el suministro de gas natural en el mercado español» Resolución de 16 de junio de 2005.

⁵¹³ La adjudicación se realizó a través de un concurso subasta convocado mediante la Orden de 29 de junio de 2001, sobre la aplicación del GN procedente del contrato de Argelia (BOE núm. 161, de 6 de

procedimiento de adjudicación, un concurso subasta, que se desarrolló asignándose el GN a las empresas participantes⁵¹⁴.

De esa manera, se inició un proceso de apertura de esta actividad que aunque no recibe una calificación expresa en la LSH, -regulada o libre-, debe considerarse más bien dentro de las que se realizan en régimen de libre competencia, y por tanto, cuya diversificación en el nivel de los sujetos que la llevan a cabo es fundamental para la realización de un mercado liberalizado, sin olvidar el límite de la capacidad física de incorporación del combustible al sistema resulta su principal restricción.

3. La actividad de transporte: el transporte, la licuefacción, la regasificación y el almacenamiento.

La actividad de transporte, en los términos en los que está planteada en la LSH, puede calificarse como una actividad compleja o compuesta puesto que abarca más actividades que la propiamente dicha, lo cual no implica, sin embargo, que todos los sujetos denominados transportistas deban llevar a cabo, todas y cada una de las actividades integradas bajo la denominación de transportista.

A. Aspectos formales de su regulación. La agrupación de varias actividades bajo una misma denominación.

Pese a que estas actividades pueden ser llevadas a cabo de manera separada por distintos sujetos, tal parece que al formularse la LSH sigue pesando la idea de que la distinción entre sujetos que llevaran a cabo sólo una o dos de las tres actividades en estudio, pero no necesariamente las tres, no se consideraba oportuna dada la estructura empresarial tradicional del sector (producto de un monopolio natural), es decir, la existencia de un único sujeto poseedor de la práctica totalidad de las instalaciones comprendidas en la

julio de 2001, con una corrección de errores publicada en el BOE, núm. 66 de 12 de julio de 2001). El GN fue adjudicado a 5 empresas comercializadoras acreditadas según los requisitos previstos en la propia Orden, ya que aún no se había reglamentado la materia relativa a la autorización de actividad de estos sujetos.

⁵¹⁴ Las empresas adjudicatarias fueron: BP Gas España, S. A., Iberdrola, S. A., Unión FENOSA gas Comercializadora, S. A., Endesa Energía, Hidrocarburos Energía, S.A.U., y Shell España, según consta en la Memoria Anual, de la CNE, 2001, p. 86-87.

red básica y de transporte primario: ENAGAS, S. A.⁵¹⁵. Consecuentemente, se obvia la posibilidad de que en el futuro surjan propietarios distintos de instalaciones singulares⁵¹⁶, o acaso, aún no se tiene el convencimiento de que a efectos de la gestión técnica del sistema es más conveniente y/o más eficiente que todas las infraestructuras de la red básica no permanezcan en manos de un único sujeto, como hasta entonces había sido⁵¹⁷. Es decir, según ha sido concebido el sistema gasista, jurídica y funcionalmente es posible, tanto singularizar las actividades como individualizar los sujetos que las llevan a cabo⁵¹⁸, pero la LSH ha optado por agruparlos bajo la denominación de transportistas⁵¹⁹. Esta es una consideración importante pues el estatuto jurídico configurado por la LSH es único para todos los transportistas cuando podría

⁵¹⁵ En este sentido, puede consultarse DEL GUAYO, I., quien realiza un estudio completo sobre el Decreto de creación de ENAGAS, S.A., y su significado. *El servicio...*, op. cit., pp. 86-90.

⁵¹⁶ No ya en el caso de los gasoductos que mantienen esa característica de monopolio que hace que no sea lógica su duplicación, en la hipotética e irreal situación de que ya estuviera completa la red, pero sí, en el caso de las plantas de regasificación y los almacenamientos. Esta situación se puso en evidencia en determinado momento: «Economía quiere que ENAGAS participe en todos los proyectos de infraestructuras gasistas». Las redes de importación y transporte de energía deben estar en una sola mano para facilitar su gestión y mejorar la eficiencia esta es la opinión del Gobierno, traducida en el caso del sector eléctrico en la integración de todas las líneas de alta tensión en Red Eléctrica de España (REE). El Ministerio de Economía quiere repetir en el sector gasista la reordenación acometida en el sector eléctrico», *Expansión*, 3 de febrero de 2003. En igual sentido, «El control de las infraestructuras gasistas enfrenta a Economía, eléctricas y ENAGAS. El secretario de Estado de Energía, (...) volvió a recordar (...) que sería «más eficiente» que todas las infraestructuras gasistas estén en manos de ENAGAS, aunque descartó que se vayan a impulsar medidas para «obligar» a otras compañías a realizar «desinversiones forzadas». Folgado afirmó que la competencia en las redes de gas «no tiene sentido», dado que es un monopolio natural (...) «puede estar en varias manos pero es más eficiente que pertenezcan a una misma empresa» en, *ABC*, 16 de febrero de 2003.

⁵¹⁷ Recuértese que ENAGAS al ser la encargada al momento de la promulgación de la LSH, era la práctica poseedora de todas las instalaciones de la Red básica. De hecho este Capítulo salvo pequeñas modificaciones y cambios en la numeración, se mantuvo con respecto al Proyecto de ley originalmente planteado.

⁵¹⁸ Tal como se observa en la DG, que entre las definiciones contenidas en el artículo 1 distingue entre: «conducción, empresa de conducción, instalación de almacenamiento, empresa de almacenamiento, instalación de gas natural licuado...»

⁵¹⁹ Y peor aún, hasta la reforma introducida por la Ley 12/2007, todos los sujetos y por tanto los transportistas, se definían a partir de la posesión de activos de transporte, regasificación, almacenamiento. Sobre este tema, PÉREZ DE AYALA BECERRIL, «El sistema gasista y sus agentes», *Derecho de la Energía*, op. cit., pp.453-455.

ajustarse a los requerimientos específicos de cada actividad; si es que, en realidad, lo óptimo no es que estén, efectivamente, en manos de un sólo sujeto⁵²⁰.

De manera que, en la regulación establecida en la LSH, en primer lugar, no existe correspondencia entre los sujetos y las actividades que se desarrollan en el SG. En ningún momento se alude al regasificador, lo cual es funcionalmente posible. Es decir, por qué denominar transportista a un sujeto que sólo posee una instalación de regasificación, que si bien es parte del proceso de transporte, no necesariamente lleva a cabo otra de las actividades atribuidas al transportista, y especialmente si no lleva a cabo la actividad de transporte propiamente dicha (de hecho, en el momento de promulgación de la LSH no era común que se diera esta situación, entre otras razones, debido al monopolio de hecho que ostentaba ENAGAS⁵²¹). Lo mismo sucede en el caso de la actividad de almacenamiento, en este supuesto además, con el agravante de que el sujeto que realiza la actividad de almacenamiento puede ser el poseedor de una concesión de almacenamiento y como tal, ya tiene un estatuto jurídico definido.

Por otro lado, la LSH prescinde de más consideraciones para formular toda su regulación. Con ello no se quiere decir que debería haberse optado por una definición detallada de cada una de ellas⁵²², pero sí que sería de utilidad una mayor claridad al respecto, especialmente si se piensa en la relevancia del cumplimiento las obligaciones de separación de las actividades.

Volviendo a la regulación de las actividades, de acuerdo con lo estudiado en el capítulo anterior, la autorización de instalación implica la de su explotación, es decir, la ejecución de la actividad respectiva. Consecuentemente, sobre la base de las

⁵²⁰ La duda surge especialmente considerando que paulatinamente se han vuelto a incluir en la planificación obligatoria la práctica totalidad de las instalaciones de la red básica y la red secundaria. Lo cual es indicativo de la necesidad de que haya permanentemente un sujeto que controle el crecimiento de la red y posea los instrumentos jurídicos vinculantes para gestionarla, es decir, que supervise el cumplimiento de la planificación obligatoria.

⁵²¹ ENAGAS poseía las tres plantas de regasificación que funcionaban entonces y no ha sido sino hasta 2006 que ha entrado en funcionamiento otra planta en Bilbao propiedad de la sociedad BBG.

⁵²² Como lo hizo en su momento el Reglamento General del Servicio Público de Gases Combustibles de 1973, y como es práctica común en las Directivas de la Unión Europea, caso precisamente de la Directiva del Gas.

instalaciones de la red básica puede distinguirse la realización de las siguientes actividades: licuefacción, regasificación, almacenamiento, -que se llevan a cabo, respectivamente, en las plantas de licuefacción, regasificación, y almacenamientos-, y el transporte, efectuado a través de los gasoductos de esa red y de la red de transporte secundario, es decir, las redes de transporte. Por otra parte, el artículo 58 a) de la LSH en su redacción dada por el artículo único.8 de la Ley 12/2007⁵²³, define a los transportistas como «aquellas sociedades mercantiles autorizadas para la construcción de instalaciones de regasificación de gas natural licuado, de transporte o de almacenamiento básico de gas natural». De manera que, como se observa en la definición citada, hay una “o” excluyente⁵²⁴, que se interpreta en el sentido de posibilidad de realizar una y/o más actividades.

En todo caso, en la regulación sobre estas actividades en la LSH se observa la falta de uniformidad e imprecisión en los términos utilizados, que delatan lo incompleta que estaba al momento de su promulgación y la incertidumbre que aún existía sobre aspectos fundamentales regulados en ella. A través del examen de sus disposiciones se constata dicha afirmación. El capítulo IV, del título IV de la LSH, que abarca del artículo 66 al 71, se titula: «Regasificación, transporte y almacenamiento de gas natural». Del propio título ya parece deducirse una separación entre las actividades, sin embargo, no es así. Este capítulo contiene una referencia general a dichas actividades, sin llegar a definir ninguna de ellas⁵²⁵. Para empezar, en la redacción original de la LSH se distinguía entre los gasoductos de la red básica y de transporte secundario, creando una aparente diferencia entre ambos pero unificando su régimen jurídico. Desde la perspectiva actual, una vez realizado el desarrollo reglamentario, a efectos de su estatuto, poco se entiende la utilidad de esa clasificación inicial que separa la red básica

⁵²³ Debe destacarse que la definición de todos los actores del sistema ha sido modificada por la Ley 12/2007, dado que en su redacción original la condición tanto de transportista como de distribuidor, estaba indisolublemente unida a la posesión de activos de la respectiva red. Y que en varias ocasiones tanto en la LSH como en sus disposiciones reglamentarias se hace alusión a este artículo, como el que establece la definición de la actividad de transporte.

⁵²⁴ Aunque lo más adecuado sería una “y/o”, observando ambas situaciones.

⁵²⁵ Lo cual no significa que se considere apropiado utilizar la técnica de definición de términos en una ley, sólo se aporta como un dato descriptivo y a los efectos de la materia en cuestión.

de la red de transporte secundario, ya que la LSH unifica la regulación de las actividades que se realizan sobre la base de estas dos redes, -al igual que lo hizo con su régimen de autorización- y en algunos casos también las propias actividades. Y es que debe recordarse que originariamente la LSH planteaba la existencia de subsistemas de transporte, conformados por las instalaciones de los transportistas cuando el abastecimiento a través de las mismas superara el 3 por 100 del consumo del mercado⁵²⁶. Esta situación ha sido corregida con la reforma introducida por la Ley 12/2007 que las unifica haciendo más congruente su régimen y acogiendo lo que ya había sido establecido en el artículo 3.1. del RLSH al señalar que tendrán la consideración de actividad de transporte de GN las siguientes actividades: «a) El transporte de gas natural por la red interconectada constituida por las instalaciones que se determinan en los párrafos a), d), e), f), g) y h) del artículo siguiente, con el fin de suministrar a los distribuidores o, en su caso, a los consumidores finales, así como para atender los intercambios internacionales. b) La regasificación de gas natural licuado destinada a abastecer a la red de transporte, y la licuefacción de gas natural. c) El almacenamiento de gas natural que pueda abastecer el sistema gasista. d) La compraventa de gas natural para el mercado a tarifas». Las instalaciones a que se refiere el inciso a), antes citado, son: los gasoductos de transporte primario y la red de transporte secundario, es decir, aquellos con una presión de diseño superior a 16 bares, de manera que sólo excluye los gasoductos de distribución, las conexiones de la red básica con yacimientos de GN en el interior o con otros sistemas o con almacenamientos situados en el exterior, así como, todas las instalaciones que el MITC previo informe de la CNE determine que cumplen funciones de transporte; y los activos de comunicaciones, suministro eléctrico, protecciones, control y demás elementos auxiliares necesarios para el adecuado funcionamiento de las instalaciones de transporte. En otras palabras, en este inciso están incluidas todas las instalaciones comprendidas en la red básica y de transporte quedando subsumidas estas actividades bajo la única figura del transportista. Hay que concluir entonces, que a los efectos de su régimen jurídico, tanto las instalaciones de la red básica y la red de transporte secundario como las actividades realizadas sobre éstas, se unifican y pasan a ser las

⁵²⁶ El inciso que regulaba este subsistema, fue modificado por el artículo 7. Uno, del RD-Ley 6/2000.

«redes de transporte» y la «actividad de transporte». A los únicos efectos que habrá que distinguirlas, nada más y nada menos, es para su planificación, ampliación de la red y régimen de separación de actividades.

Seguidamente, el artículo 68 regula las «Obligaciones de los titulares para la regasificación, transporte y almacenamiento de gas natural» y el artículo 69 que regula los derechos de la misma manera. Habría bastado con que dijera, «de los transportistas»⁵²⁷. Mientras el artículo 70 se refiere al «Acceso a las instalaciones de transporte» y el 71 al «Registro de las instalaciones de transportistas de gas».

De esta forma, a pesar de que al hablarse de titulares de instalaciones de transporte, regasificación y almacenamiento, se sugiere una posible separación entre las actividades y entre las empresas que las realizan, -puesto que se podría haber hecho referencia simplemente a los *transportistas*-, todo queda en una cuestión nominal que no llega a concretarse, como sí se observa en la Directiva del Gas⁵²⁸, aunque igualmente no exija la separación jurídica⁵²⁹. Para una LSH que pretende adelantar en muchos aspectos el proceso de liberalización, llama la atención que no se separe el régimen jurídico de

⁵²⁷ Obsérvese que una de las reformas introducidas al Capítulo, precisamente en este artículo 68 f), dispone: «Proporcionar a cualquier otra empresa que realice actividades de almacenamiento, transporte y distribución (...) la información suficiente para garantizar que el transporte y el almacenamiento del gas pueda producirse de manera compatible con...», no se incluye la regasificación (lo cual puede ser producto de que en ese momento todas las plantas existentes eran de ENAGAS, S. A.). Esa es la redacción vigente del inciso. Hay una omisión importante que se corregiría con solo decir «empresa transportista»

⁵²⁸ La Directiva del Gas en su artículo 2, define: «empresa de conducción: cualquier persona física o jurídica que realiza la actividad de conducción» «empresa de almacenamiento, la persona física o jurídica que realice la actividad de almacenamiento». Aunque no se refiere a la regasificación sino a la «empresa de GNL» (qué pasa por ejemplo si un titular de una empresa que explota un pozo agotado quiere explotarlo ahora como almacenamiento de GN, sin entrar en ningún otro negocio ¿Debe tener las mismas obligaciones que un transportista?

⁵²⁹ Claro está que dicha distinción “nominal”, carecería de mayor sentido si, finalmente, a todas las empresas se les va a aplicar el mismo régimen jurídico, compartiendo los sujetos las mismas obligaciones y derechos. Pero, en algunos casos, parece justificada tal separación ya que como se ha puesto en evidencia, la única actividad que continúa considerándose como monopolio natural es el transporte, y la regasificación no lo es en sentido estricto, por lo tanto, es una actividad susceptible de competencia. Por lo que en algunos casos, cabría la distinción de algunos derechos y obligaciones, no compartidos con los poseedores de gasoductos de transporte.

actividades que pueden ser competitivas, con otras que no lo son⁵³⁰. Ello, por otra parte, como ya se mencionó, tampoco lo exige la Directiva del Gas. Ha sido la opción escogida por el legislador, pero podrían haberse uniformado los términos de manera que no provocara confusión y se eliminaran posibles omisiones. Incluso para mayor completitud debería haberse hecho referencia a la licuefacción⁵³¹.

En la regulación sobre estas actividades la Ley 12/2007 se introdujeron algunas modificaciones que, sin embargo, no esclarecen la situación y en algunos casos incluso crean nuevas lagunas, según se verá a continuación.

B. Actividades Reguladas.

Originalmente, como ya se ha señalado antes, todas estas actividades tenían el carácter de reguladas. No obstante, la reordenación de las actividades realizada por la Ley 12/2007 crea una distinción entre los tipos de almacenamientos, incluyéndose específicamente algunos de ellos en la red básica de transporte y excluyendo por tanto, los que no tienen esta consideración. Así que también dentro de las mismas actividades empiezan a surgir distinciones entre su carácter de reguladas o en régimen de libre competencia. Al menos eso parece desprenderse de la normativa al respecto. Por esta razón, antes de analizar el régimen de obligaciones y derechos de los transportistas es necesario hacer algunas precisiones en torno a las actividades de regasificación, almacenamiento, el tránsito internacional y la especificada por el inc. d) del artículo 3.1 del RLSH: la compraventa de GN.

⁵³⁰ En efecto, este es uno de los principios planteados para la introducción de competencia en las actividades. En este sentido, DE LA CRUZ FERRER, J., *Principios de regulación...*, op. cit., pp. 246-250.

⁵³¹ La LSH no contiene ninguna regulación específica relativa a las plantas de licuefacción, excepto por su mención dentro de las instalaciones comprendidas dentro de la red básica. Hay que recordar que en ellas se realiza el proceso mediante el cual el gas pasa de estado gaseoso a estado líquido, para obtener el GNL, estado en el cual se transporta el combustible en los tanques metaneros. Por lo tanto, al no haber en España, yacimientos de GN que provean dicho combustible para su exportación, este tipo de instalaciones no han sido necesarias. No por ello debería obviarse.

a. El transporte por gasoducto

Esta actividad consiste en la conducción de grandes cantidades de gas por un sistema de canalizaciones para suministrar a los distribuidores o a los usuarios industriales. La LSH distingue tres tipos de gasoductos a partir de la presión por la que discurre el GN, sin embargo, como se mencionó antes, las diferencias en la regulación entre los gasoductos de la red básica y los de transporte secundario se difuminan y ambas redes terminan rigiéndose, prácticamente, por las mismas reglas: las relativas a las redes de transporte.

La DG lo define como «el transporte de gas natural por redes de gasoductos de alta presión distintas de las redes de gasoductos previas para su suministro a clientes, pero sin incluir el suministro». En este sentido, hay que mencionar que la LSH permite el suministro a clientes directamente desde las redes de transporte a través de las «acometidas de transporte».

b. El almacenamiento. Almacenamientos básicos, operativos y estratégicos.

En relación con esta actividad es necesario realizar algunas observaciones preliminares, dada la imprecisión con que se halla regulada en la LSH. En primer lugar, hay que señalar que la actividad de almacenamiento en el sector del GN cumple básicamente dos funciones: la modulación y el ajuste entre la oferta y la demanda, por ejemplo, para hacer frente a los desequilibrios o las variaciones estacionales; y, asegurar la continuidad del suministro, a través de las denominadas existencias mínimas de seguridad⁵³², esta última, una de las principales preocupaciones no sólo de los Estados sino también de la Comunidad Europea, como se verá más adelante al estudiar las obligaciones de mantenimiento de existencias mínimas de seguridad.

Así las cosas, es especialmente relevante que la regulación de esta actividad sea clara y completa. Sin embargo, no es esa la situación que se observa en la LSH, ni siquiera

⁵³² Vid. Capítulo 12: «Almacenamientos de gas natural» del Documento Planificación de los sectores de electricidad y gas natural, 2002-2011», Ministerio de Economía, de 13 de septiembre de 2002; también, el «Informe sobre el estado de los almacenamientos subterráneos y el mantenimiento de las existencias mínimas de gas natural por parte de los agentes del sistema», aprobado por el Consejo de Administración de la CNE, de 31 de marzo de 2005, pp. 13-20; «Información básica de los sectores de energía -2006-», publicación periódica de la CNE, pp. 126-128.

después de las reformas introducidas sobre esta materia, tanto por el RD-Ley 7/2006, de 23 de junio, por el que se adoptan medidas urgentes en el sector energético como por la Ley 12/2007, como se analiza enseguida.

i) Definición de la actividad. Distinción del almacenamiento como actividad y como infraestructura.

El primer problema que puede anotarse a la LSH, en relación con la regulación objeto de estudio, es que se mencionan los almacenamientos sin hacer una distinción entre las instalaciones de almacenamiento o a la actividad propiamente dicha. Ello facilitaría la distinción a efecto de diferenciar su régimen jurídico, especialmente considerando que de acuerdo con la reforma introducida por la Ley 12/2007 hay distintos tipos de almacenamientos: los básicos que están incluidos en la planificación obligatoria- y los no básicos.

En la versión original de la LSH aparecían tres denominaciones para esta actividad/instalación sin que se determinara la diferencia entre ellos. En algunas ocasiones utilizaba simplemente el término «almacenamientos», y en otras los calificaba: «almacenamiento subterráneo», «almacenamientos estratégicos» y «almacenamientos operativos» (art. 64.3 l LSH). El calificativo de estratégico u operativo, lo era para la actividad, pero tampoco estaba claramente delimitado⁵³³.

Cierto es que la regulación de los almacenamientos subterráneos constituyó una novedad en la LSH, como señala su Exposición de Motivos «los almacenamientos subterráneos (...) son novedades que se incorporan a nuestro ordenamiento a partir de la observación de la realidad. Los almacenamientos subterráneos, carentes de regulación, constituyen un núcleo fundamental tanto de la seguridad del sistema de gas natural

⁵³³ De acuerdo con la definición contenida en el Diccionario Español de la Energía, que define la voz «Almacenamiento subterráneo» como «Sistema por el cual los hidrocarburos ya producidos, u otros líquidos industriales, se almacenan en estructuras subterráneas favorables, como pueden ser acuíferos, campos que han dejado de producir o cavidades excavadas en la roca, como minas abandonadas, cavidades creadas artificialmente para tal efecto o cavernas construidas por disolución en formaciones salinas. Dependiendo de su capacidad y, por tanto, de su función, pueden ser operacionales, estacionales o estratégicos.» MARTÍN MUNICIO, A., COLINO MARTÍNEZ, A., (Directores), *Diccionario Español de la Energía*, ENRESA, Madrid, 2003. Informado favorablemente por Real Academia de Ciencias exactas, físicas y naturales y Real Academia de Ingeniería.

como de otros tipos de hidrocarburos». De ahí que, de la novedad, pueden derivarse las imprecisiones que se han ido corrigiendo especialmente a través de la Ley 12/2007, y de la normativa de desarrollo, aunque como ya se mencionó, no de forma acabada.

Una de las principales modificaciones es la sustitución uniforme en la norma de los calificativos que se atribuían a los almacenamientos. Después de la reforma se lee: «almacenamientos básicos», donde antes decía «estratégicos» u «operativos». Y por otro lado, la DA 4ª de la Ley 12/2007 ha definido cuáles almacenamientos tienen la consideración de básicos, y los incluye en la red básica⁵³⁴. Es claro que dicha condición se atribuye a la estructura de almacenamiento, por tanto, aún queda por definir cuál es el estatuto del sujeto que realiza la actividad. Pues bien, de acuerdo con la reforma introducida por el artículo único.10 de la Ley 12/2007 al artículo 60.1 de la LSH, el almacenamiento básico es una actividad que tiene carácter de regulada. Consecuentemente, la actividad de almacenamiento que se realiza en una instalación que no tiene esta calificación de «básico», en principio, podría entenderse que no es una actividad regulada. En el mismo sentido, apunta la modificación introducida al inc. a) del artículo 58 LSH, que vuelve a dejar un vacío. Y es que al definir al sujeto transportista como: «aquellas sociedades mercantiles autorizadas para la construcción, operación y mantenimiento de instalaciones de (...) almacenamiento básico», haciendo una interpretación estricta de la norma, podría entenderse (aunque para no alterar el orden del sistema, de momento, es mejor no hacer esta interpretación), que quedan excluidos de esta categoría aquellos sujetos titulares de una autorización o concesión, en su caso, de una instalación de almacenamiento que no sea considerada básica. Por tanto, se desconoce el estatuto jurídico de estos sujetos. Por otra parte, la LSH no establece cuáles son los criterios que definen la calidad de «básico», sino que directamente determina cuáles almacenamientos son considerados como tales. Sin duda, es necesario algún desarrollo reglamentario al respecto.

⁵³⁴ La DA Cuarta dice literalmente: «Los almacenamientos subterráneos «Gaviota» y «Serrablo» tendrán la consideración de almacenamientos incluidos en la red básica del sistema gasista.». Estos son los únicos dos almacenamientos subterráneos existentes y en funcionamiento a 2007, aunque recientemente se ha otorgado concesión de explotación a Enagás, S.A, mediante el RD 1061/2007, de 20 de julio, para el almacenamiento subterráneo de gas natural denominado «Yela», en la estructura «San Bárbara» y el reconocimiento de utilidad pública, en la provincia de Guadalajara. (BOE, núm. 218, de 11 de septiembre de 2007).

Finalmente, el artículo 64.3 m), modificado por el artículo único.14 de la Ley 12/2007, atribuye al GrTS la función de «Gestionar las entradas y salidas de gas natural en el sistema gasista a través de los gasoductos, las plantas de Recepción, Almacenamiento y Regasificación, los almacenamientos subterráneos y los yacimientos naturales», y no, de los almacenamientos «operativos y estratégicos» como disponía antes de la reforma. Esto podría significar que, en efecto, se encarga al GrTS, como en principio debería ser, la gestión de todos los almacenamientos independientemente de su carácter de básicos o no, y por ello en este caso se sustituye el calificativo por «subterráneo».

Tal parece entonces que a partir de las reformas introducidas por la Ley 12/2007 debería crearse un estatuto jurídico diferenciado para los sujetos que llevan a cabo esta actividad, ya que al no incluirse los almacenamientos no básicos en las actividades reguladas, debe deducirse que existirá una diferenciación entre ambas. Pero la LSH, aún no ha llegado a realizar esa distinción, y continúa abarcando a todos los transportistas bajo el mismo régimen jurídico, independientemente del tipo de instalación que posean y el carácter de la actividad que se realiza sobre la misma.

En conclusión, los poseedores de instalaciones de almacenamiento no básico deben regirse por el estatuto jurídico de los transportistas⁵³⁵, independientemente de que esta actividad tenga carácter de regulada. Mientras los titulares de almacenamiento subterráneo deben regirse además por el régimen que les define su condición de concesionarios, que se estudia a continuación. La regulación sigue siendo confusa.

ii) Régimen jurídico de los concesionarios de almacenamiento subterráneo.

Hay que recordar que el sujeto que posee una concesión de explotación de almacenamiento subterráneo, además de cumplir con todos los requisitos establecidos al efecto -que fueron estudiados en el capítulo anterior-, debe cumplir con sus obligaciones como transportista dentro del SG.

⁵³⁵ La pregunta que hay que realizar ahora, después de la redefinición de estos sujetos realizado por el artículo único. 8 de la Ley 12/2007, es: ¿Qué consideración tienen los sujetos que no llevan a cabo la actividad de almacenamiento básico y por tanto cuál es el régimen jurídico que debe aplicárseles? En este caso, tal parece que habría sido mejor referirse simplemente a la actividad de almacenamiento sin calificarla y remitir a desarrollo reglamentario dicha clasificación.

Como ya se adelantó, la DA cuarta de la Ley 12/2007 ha creado un nuevo régimen para los almacenamientos, que a su vez remite a un nuevo artículo 24 bis que establece los derechos de los titulares de las concesiones de explotación de almacenamiento subterráneo de hidrocarburos en los siguientes términos: «los titulares de una concesión de almacenamiento subterráneo de hidrocarburos tendrán derecho a almacenar hidrocarburos de producción propia o propiedad de terceros en el subsuelo del área otorgada y se otorgará por un período de treinta años, prorrogable por periodos sucesivos de diez. Asimismo podrán realizar actividades de investigación de dichos almacenamientos» (art. 24.bis 1). El titular de una concesión de almacenamiento subterráneo debe presentar al MITC para su aprobación, tres meses antes del comienzo de cada año natural, un plan anual de labores que debe ajustarse al plan de explotación vigente (art. 25.3 LSH)⁵³⁶.

Las obligaciones de los titulares de autorizaciones de exploración, permisos de investigación y concesiones de explotación están relacionadas básicamente con la remisión de información a los órganos que han otorgado el título habilitante correspondiente. Dicha información está referida a las características del yacimiento y a los trabajos, producciones e inversiones que realicen, así como los informes geológicos y geofísicos referentes a sus autorizaciones, permisos y concesiones, así como los demás datos que reglamentariamente se determinen. En el supuesto de permisos de investigación y concesiones de explotación, la información tiene carácter confidencial durante el período de vigencia de los mismos. Por su parte, la documentación técnica generada por programas de prospección en autorizaciones de exploración, permisos de investigación y concesiones de explotación debe ser remitida a la AGE para su

⁵³⁶ La misma DA Cuarta creó un régimen transitorio, mediante el cual otorga a los concesionario de explotación de yacimientos denominadas «Gaviota I» y «Gaviota II» la opción de elegir entre dos opciones: la primera, la posibilidad de solicitar la extinción de las concesiones existentes y la segunda, solicitar la conversión de las mismas en concesiones de almacenamiento subterráneo, de acuerdo con el art. 24. bis. para transformar las existentes concesiones de explotación de yacimientos. De ahí que, mediante RD 1804/2007, de 28 de diciembre, (BOE de 29 de diciembre de 2007), se convierte parte de la explotación de hidrocarburos Gaviota I y Gaviota II, en una concesión de explotación de almacenamiento subterráneo. En este RD se establecen, básicamente, todas las remisiones a la normativa legal y reglamentaria vigentes que rigen la respectiva concesión. Por otro lado, la DA cuarta también establece que la autorización administrativa para el ejercicio de la actividad de almacenamiento subterráneo en los yacimientos denominados «Jaca» Turín» y Suprajaca» se convierte en una concesión de almacenamiento subterráneo, y declara extinguida la concesión de almacenamiento subterráneo denominada «Serrablo».

incorporación al Archivo Técnico de Hidrocarburos del MITC y además, en su caso, a la CA respectiva.

Por lo demás, los sujetos que poseen autorización para realizar la actividad de almacenamiento, de las establecidas en el artículo 67 de la LSH, deben sujetarse al régimen jurídico general de los transportistas, establecido en el artículo 60 de la LSH que se estudia en detalle más adelante.

c. La actividad de regasificación

Esta actividad consiste, como su nombre indica, en devolver al gas su estado natural a partir del GNL almacenado en los tanques criogénicos de las plantas de regasificación para su inyección en los gasoductos de transporte. Adicionalmente en las plantas de regasificación se realizan operaciones de descarga de buques metaneros y la carga de camiones cisterna de GNL para abastecer a las plantas satélites⁵³⁷. Por lo tanto se requieren una serie de instalaciones adicionales a las plantas propiamente dichas⁵³⁸.

Con respecto a esta actividad, hay que destacar que para el año 2007 se ha considerado pertinente separar la regulación relativa a su retribución, -según se estudiará en el capítulo VI- y por tanto en la Orden que la regula ya se habla de las «empresas titulares de las instalaciones de regasificación» y no de transportistas, una prueba más de lo que se ha venido sosteniendo.

Debe destacarse la importancia de los tanques de estas plantas de regasificación en la medida en que se encuentran en un punto intermedio entre la compra del GNL y su incorporación al sistema. Hay que tener en cuenta que también pueden cumplir una función de almacenamiento de GNL, especialmente a los efectos del cumplimiento de las obligaciones relativas a las existencias mínimas de seguridad.

⁵³⁷ Al respecto puede verse, la publicación periódica editada por la CNE: «Información básica de los sectores de la energía -2006-», pp. 113-116.

⁵³⁸ Estas instalaciones se detallan en la Orden ITC/3994/2006 que regula la retribución de esta actividad.

C. Los transportistas

Como se señaló antes, no hay que perder de vista que los transportistas son las «sociedades mercantiles autorizadas para la construcción, operación y mantenimiento de instalaciones de regasificación de GNL, transporte, o de almacenamiento básico de gas natural». Así los define la LSH en su artículo 58 a). Por su parte, el RLSH en su artículo 3.2, añade a los titulares de instalaciones de licuefacción, llenando una omisión de la LHS que no ha sido corregida con la reforma introducida por la Ley 12/2007, independientemente de que en España existan este tipo de instalaciones o no, y especialmente en coherencia con lo establecido en el artículo 1 c) de la misma Ley, que sí las menciona.

Hay que insistir, ahora desde la perspectiva del sujeto, en que los transportistas, en realidad, no sólo pueden llevar a cabo la actividad de transporte propiamente dicha a través de la red básica o de transporte secundario, como ha venido a clarificar el RLSH, sino que también pueden realizar las actividades de regasificación del GNL y de almacenamiento de este combustible. Además, no necesariamente deben llevar a cabo las tres actividades, sino que existe la posibilidad de que realicen sólo una, o una combinación de ellas, como se constata en la práctica. Aunque deben cumplir una serie de obligaciones que se detallan más adelante, y que están establecidas de manera genérica para los «transportistas».

Por otro lado, también hay que recordar que el transportista, en una primera fase, ha actuado en ambos mercados –en el regulado y en régimen de libre competencia-. Sin embargo, en virtud de la reforma introducida por la Ley 12/2007, a partir del 1 de julio de 2008, -fecha en que se extingue el mercado a tarifa en los términos establecidos por la DT quinta del citado texto normativo y comienzan a regir las tarifas de último recurso-, las funciones atribuidas a los transportistas en el mercado regulado serán asumidas por ENAGAS, S.A., quedando todas las funciones del transportista en el marco del mercado en régimen de libre competencia aunque, por supuesto, continúan siendo actividades reguladas, según lo dispuesto por la LSH.

Antes de estudiar el régimen jurídico de los transportistas, se analiza a continuación la evolución del régimen que llevó a la creación de la figura del Gestor técnico del

sistema, que destaca entre los transportistas por ser una figura clave en el orden establecido por la LSH, así como las nuevas funciones que asume como transportista en el mercado de tarifa de último recurso, dejando para el siguiente capítulo su función propiamente dicha de GrTS.

a. El Gestor técnico del sistema (GrTS). Evolución de su régimen jurídico.

Una de las reformas más importantes introducidas en la LSH, en lo relacionado con el transporte del GN, es la relativa al gestor técnico del sistema. En la versión original de la LSH se formulaba la función de manera muy general y escueta, sin hacer referencia al gestor técnico como un sujeto del mismo⁵³⁹. Se dedicaba a ello un único artículo que delegaba en el Ministerio de Industria y Energía, la facultad para aprobar la normativa de gestión técnica, previo informe de la CNE y del Comité del Sistema Gasista (que nunca llegó a constituirse)⁵⁴⁰.

No fue sino casi dos años después, mediante el artículo 7 del RD-Ley 6/2000, de 23 de junio, cuando se añadió un inciso b) al artículo 58, relativo a los sujetos que actúan en el sistema, para incluir entre ellos al GrTS que será: «aquel transportista que sea titular de la mayoría de las instalaciones de la red de gas natural». Mediante la DA vigésima de

⁵³⁹ No obstante, en el Proyecto de Ley original sí se incluía esta figura. Así, en el artículo 64.2 se lee: «Cada cinco años el Gobierno designará entre los propietarios de subsistemas de transporte al gestor o gestores del sistema atendiendo a su implantación en la Red Básica», Este párrafo se elimina de acuerdo con las enmiendas presentadas por el Grupo Popular y el CiU. El primero aduce que «no parece adecuado dejar que los transportistas que constituyen un subsistema de transporte tenga capacidad para decidir sobre todos los aspectos de la gestión técnica del sistema, por ello se propone la desaparición de la figura del gestor y que su función se limite a la ejecución de una serie de normas aprobadas por la Administración General del Estado una vez conocidas e informadas por todos los afectados en el uso de las infraestructuras gasistas», enmienda núm. 197. Por su parte, el Grupo Catalán CiU en otra enmienda, consideró que «la gestión técnica del sistema debe configurarse con un carácter procedimental. Se trata de definir procedimientos y métodos que hacen posible que las instalaciones técnicas del sistema funcionen correctamente, garantizando la continuidad, calidad y seguridad del suministro de gas natural. La facultad para dictar normas procedimentales se atribuye a la Administración Pública, previo informe de todos los afectados que usan las infraestructuras gasistas», enmienda núm. 263, publicadas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, núm. 101-6, de 24 de marzo de 1998.

⁵⁴⁰ El comité del Sistema Gasista estaba regulado en el artículo 65 de la LSH, cuyo texto señalaba: «Para velar por la transparencia de las variables básicas del sistema, se crea un Comité de seguimiento del Sistema Gasista, del que formarán parte los transportistas, los distribuidores, los comercializadores y los consumidores. La organización, composición y funciones del citado Comité de seguimiento del Sistema Gasista, se establecerá reglamentariamente», pero, además de que éste nunca se constituyó, dicho artículo fue suprimido por el artículo 7.Ocho del RD-Ley 6/2000.

ese mismo RD-Ley 6/2000 se especificó que esta función recaería sobre la empresa «ENAGAS S. A.»⁵⁴¹, por ser la que cumplía el requisito señalado. De esta manera, se le atribuyó la responsabilidad de la gestión técnica de la red básica y de las redes de transporte secundario, acabando con la incertidumbre que sobre este aspecto había imperado durante los, entonces, dos años de vigencia de la LSH⁵⁴².

Adicionalmente, la misma norma dispuso una limitación con respecto a la participación en el accionariado de dicha sociedad⁵⁴³ al establecer que ninguna persona física o

⁵⁴¹ Recuérdese que ENAGAS fue concebida como una Empresa Nacional encargada de gestionar la red nacional y del suministro de gas para usos industriales, actividad en la que poseía un monopolio exceptuando el suministro para Cataluña y el País Vasco. Además, era responsable de la creación de nuevas infraestructuras. En 1991, se constituyó el Holding Gas Natural, SDG, S.A., como resultado de la fusión Gas Madrid y Catalana de Gas que era una de las aproximadamente 30 empresas distribuidoras que disponían de concesiones administrativas para distribuir a sus mercados geográficos en régimen de exclusividad, la mayoría de ellas con participación de capital público, generalmente del Grupo Repsol. Y en 1994 se integró verticalmente el sector, con la adquisición del 91% de ENAGAS por parte de Gas Natural SDG, el 9% restante lo adquirió en el 1998, “privatizándose” totalmente su capital. Para un estudio detallado de la historia del sector hasta el año 2000, puede verse DEL GUAYO, I., *El servicio Público del Gas*, Producción, Transporte y Suministro, Marcial Pons, Madrid, 1992, pp. 75-91; HERNÁNDEZ CASTILLA, N., LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA MORATO, L., *Privatizaciones, liberalización y bienestar*, en Cuadernos de regulación y políticas públicas, núm. 1, Ed. COMARES, Granada, 2000, pp. 99-111; y LASHERAS, M. A., «La regulación económica de los Servicios Públicos», Ed. Ariel, Barcelona, 1999, p. 402.

⁵⁴² En opinión de Del GUAYO, I. y ARIÑO ORTIZ, G., «La LH eludió lo que constituía una cuestión espinosa en aquel año, cual era la designación de ENAGAS como Gestor Técnico del Sistema. ENAGAS era entonces parte del grupo GN, y tal cosa no sólo hubiese impedido la liberalización, sino que hubiese sido políticamente inaceptable.», en «Liberalización y competencia en el sector del gas. Balance 1998-2003», en *Privatizaciones y liberalizaciones en España: Balance y resultados (1996-2003)*, Tomo II, Ed. COMARES, Granada, 2004, p. 97. La configuración de ENAGAS, S.A., como gestor técnico del sistema mereció una consideración positiva por parte de la doctrina. En este sentido, DE QUINTO ROMERO, J., SANZ, G., «Medidas presentadas por el Gobierno con el fin de desarrollar el mercado del gas natural y fomentar una mayor competencia», *Liberalizaciones 2000*, Ed. COMARES, Granada, 2000, p. 13; BORJA LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F., «Presupuestos de la Regulación de servicios de interés económico general» en *Panorama jurídico de las administraciones públicas en el siglo XXI, Homenaje al Profesor Eduardo Roca Roca*, p. 819.

⁵⁴³ A efectos del cómputo de las acciones la norma señala que se atribuirán a una misma persona física o jurídica, además de las acciones u otros valores poseídos o adquiridos por las entidades pertenecientes a su mismo grupo, según se define en el artículo 4 de la Ley 24/1998, de 28 de julio, del mercado de valores aquellas cuya titularidad corresponda a: a) a aquellas personas que actúen en nombre propio pero por cuenta de aquélla, de forma concertada o formando con ella una unidad de decisión (entre ellos los miembros de su órgano de administración). b) a los socios junto a los que ejerza el control de una entidad dominada conforme a la referida legislación. «En todo caso, se tendrá en cuenta la propiedad dominical de las acciones y demás valores como los derechos de voto que se disfruten en virtud de cualquier título. Los derechos de voto correspondientes a las acciones u otros valores que posean las personas que participen en el capital de dicha sociedad excediendo de los porcentajes máximos señalados en este precepto quedarán en suspenso hasta tanto no se adecue la cifra de participación en el capital o en los derechos de voto estando legitimada para el ejercicio de las acciones legales tendentes a hacer efectivas las limitaciones impuestas en este precepto la Comisión Nacional de Energía»

jurídica, puede participar directa o indirectamente en una proporción superior al 35% de su capital social o de los derechos de voto de la entidad⁵⁴⁴ y que el incumplimiento de esta prohibición tiene la consideración de muy grave, siendo responsables las personas físicas o jurídicas «que resulten titulares de los valores o a quien resulte imputable el exceso de participación en el capital o en los derechos de voto». Según la modificación introducida por el artículo único.43 de la Ley 12/2007 al régimen sancionador previsto en la LSH estas infracciones se sancionan con multa de hasta 30.000.000 € (DA 20ª LSH).

Para dar cumplimiento a lo anteriormente señalado, se fijó un plazo de dos meses desde la entrada en vigor de dicho RD-Ley 6/2000, emplazando a ENAGAS S.A. para que presentara un plan de actuaciones a la Secretaría de Estado de Economía, de la Energía y de la Pequeña y Mediana Empresa, el cual debía elevarse para su aprobación por parte de la CDGAE, quien se pronunciaría sobre el conjunto al respecto. Dicho plan, según se dispuso, tiene el carácter de confidencial.

Desde entonces, la entidad ENAGAS, S. A., es la responsable de la gestión técnica de la red básica y de transporte secundario y en algunos aspectos también de las redes de distribución, según se verá más adelante. Sin embargo, fue apenas en el año 2002, cuando la empresa Gas Natural inició los trámites para adecuarse a dicha normativa⁵⁴⁵. No obstante lo anterior, en 2004, Gas Natural todavía era propietaria del 39,55% de

⁵⁴⁴ Como ha señalado, BORJA LÓPEZ-JURADO, F., «la separación jurídica del resto de compañías que intervienen en el sector es una garantía de independencia. Garantía necesaria pero no suficiente, por lo que normalmente se la acompaña de una limitación en la participación en el capital social de dicha compañía, de modo que se garantice que su accionariado permanece disperso.», en «Presupuestos de la regulación...», op. cit., p. 821.

⁵⁴⁵ Según información publicada en el periódico Expansión con fecha 30 de abril de 2002: «Gas Natural prepara dos operaciones que van a cambiar su estructura del negocio (...) La iniciativa más próxima es la Oferta Pública de Venta (OPV) de un 65% de ENAGAS. Gas Natural venderá esos títulos en bolsa, en una operación que podría alcanzar 1.700 millones de euros. La compañía gasista perderá el control de su filial, en la que entrarán competidores como las eléctricas.» Expansión, 7 de mayo de 2002. De hecho, esta venta se inició de manera oficial el 6 de mayo de 2002 al presentar ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CMNV) la comunicación previa de venta: el folleto informativo completo de la operación, detallando las fechas para la petición de acciones y para la fijación del precio.

ENAGAS⁵⁴⁶. En cualquier caso, el artículo 92.tres de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social modificó la DA vigésima de la LSH para establecer otra restricción: «Ninguna persona física o jurídica podrá superar una participación del 5 por ciento del capital social o en los derechos de voto en la entidad». La misma norma dispuso cómo debía contabilizarse la participación en dicho accionariado.

Finalmente, la DT segunda de la Ley 12/2007 pretende, por un lado, poner fin a las situaciones que no estén conforme a la normativa. Con esa finalidad suspende, a partir de su entrada en vigor, los derechos de voto correspondientes a las acciones u otros valores que posean las personas que participen en el capital de ENAGAS, excediendo los porcentajes establecidos. Asimismo, otorga a la CNE la legitimación para ejercer las acciones legales tendentes a hacer efectivas las limitaciones impuestas. Y por otro, introduce una nueva modificación a la DA vigésima dándole una nueva estructura y formulando directrices para su actividad que, como se verá, pueden considerarse una intervención aguda en una empresa privada⁵⁴⁷. La DA referida dispone la creación de una «Unidad Orgánica específica cuyo Director Ejecutivo será nombrado y cesado por el Consejo de Administración de la empresa, con el visto bueno del Ministro de Industria, Turismo y Comercio. La citada Unidad ejercerá las funciones del Gestor Técnico del Sistema en régimen de exclusividad y con separación contable y funcional (...) respecto al resto de las actividades de la empresa». Por su parte, el personal de la citada Unidad deberá suscribir el código de conducta a que estarán sujetos los demás actores del sistema –que se estudia en un epígrafe más adelante-. En cuanto a la participación en el accionariado, se mantiene la proporción del 5 por 100 del capital social, adicionando la prohibición de ejercer derechos políticos por encima del 3 por

⁵⁴⁶ De acuerdo con DEL GUAYO, I.: «el exceso corresponde al *green shoe* no ejecutado por las entidades colaboradoras de la OPV y, en todo caso, los derechos de voto sobre tal exceso están en suspenso, en «Liberalización y competencia...», op. cit., p. 103.

⁵⁴⁷ Una cosa es que se le impongan obligaciones de servicio asociadas al interés económico general y otra que se intervenga en su organización y se requiera el visto bueno del Ministro para realizar determinados nombramientos.

100⁵⁴⁸. Además, añade que estas acciones no podrán sindicarse a ningún efecto y que «Aquéllos sujetos que realicen actividades en el sector gasista y aquellas personas físicas o jurídicas que directa, o indirectamente participen en el capital de éstos en más de un 5 por 100, no podrán ejercer derechos políticos en el Gestor Técnico del Sistema por encima del 1 por 100. Dichas limitaciones no serán aplicables a la participación directa o indirecta correspondiente al sector público empresarial (...) Asimismo, la suma de participaciones directas o indirectas, de los sujetos que realicen actividades en el sector de gas natural, no podrán superar el 40 por 100⁵⁴⁹.

Adicionalmente, la Ley 12/2007 ha impuesto a ENAGAS la obligación de asumir las funciones antes atribuidas a los transportistas en el mercado a tarifa en los términos que se analizan en el siguiente epígrafe.

b. La función de ENAGAS en el mercado de tarifa de último recurso.

En la primera fase de la liberalización, los transportistas estaban obligados a realizar las adquisiciones de GN necesarias para atender las peticiones de suministro de otros transportistas, así como de los distribuidores conectados sus redes. Consecuentemente, estaban autorizados para adquirir el GN para su venta a otros transportistas, así como a los distribuidores que estuvieran conectados a sus redes para atender los suministros a tarifa a consumidores no cualificados. Esta obligación tradicional del transportista desaparece con la reforma introducida por la Ley 12/2007, cuyo artículo único.17 modifica el contenido del apartado b) del artículo 68; y por el artículo único.11 que ha modificado el apartado c) del artículo 61, ambos de la LSH. Este último los autoriza para incorporar GN al sistema pero con un objetivo específico: para el nivel mínimo de

⁵⁴⁸ La Junta General de accionistas de ENAGAS, con fecha 31 de octubre de 2007, ha aprobado la modificación de sus Estatutos para adaptarlos a esta regulación (www.enagas.es).

⁵⁴⁹ La misma norma establece: «A efectos de computar la participación en dicho accionariado, se atribuirán a una misma persona física o jurídica, además de las acciones y otros valores poseídos o adquiridos por las entidades pertenecientes a su mismo grupo, tal y como éste se define en el artículo 4 de la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores, aquellas cuya titularidad corresponda: a) A las personas que actúen en nombre propio pero por cuenta de aquélla, de forma concertada o formando con ella una unidad de decisión. Se entenderá salvo prueba en contrario, que actúan por cuenta de una persona jurídica o de forma concertada con ella los miembros de su órgano de administración. b) A los socios junto a los que aquélla ejerza el control sobre una entidad dominada conforme a lo previsto en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, de Mercado de Valores.»

llenado de tanques de GNL, gasoductos de transporte, almacenamientos y redes de distribución y para cualquier otra función que reglamentariamente se establezca, que no tenga como finalidad última el suministro.

Entonces, a partir de las reformas apuntadas y de conformidad con lo establecido por la DT Cuarta de la citada Ley 12/2007, en adelante, es la empresa ENAGAS, S.A. la que debe asumir la obligación de realizar las adquisiciones de GN necesarias para atender las peticiones de suministro de los distribuidores para atender el suministro a tarifa y cumplir las obligaciones de seguridad de suministro respectivas. A esos efectos le otorga el derecho de ATR a las instalaciones de transporte y distribución.

Durante este periodo el GN proveniente del contrato con Argelia (DT 16ª LSH) se asignará preferentemente al suministro a tarifa y ENAGAS tendrá derecho a una retribución por el ejercicio de la gestión de compra-venta de gas que será fijada por el MITC, previo informe de la CDGAE.

De esta manera, al tiempo que a ENAGAS, S.A. se le asignan nuevas funciones, la actuación del resto de los transportistas queda enmarcada en el mercado en régimen de libre competencia sujeta al estatuto jurídico que se estudia a continuación, reservando para el capítulo siguiente lo relacionado con su función en el sistema de ATR.

c. Estatuto jurídico de los transportistas -régimen de libre competencia-

Siguiendo con lo anteriormente apuntado, de acuerdo con el artículo 68 y 69 de la LSH los transportistas, incluyendo a ENAGAS, S.A. en su calidad de tal, tienen una serie de derechos y obligaciones relacionados con sus actividades en el SG, además de los que se especificarán posteriormente, relacionados con el sistema de ATR y el régimen económico.

i) Obligaciones y derechos respecto de sus instalaciones

En primer término, hay que señalar que, a efectos de su permanencia en el sistema, tienen la obligación de construir sus instalaciones de acuerdo con los requisitos establecidos en la correspondiente autorización y las disposiciones aplicables, así como operarlas y mantenerlas en condiciones adecuadas de conservación e idoneidad técnica,

siguiendo las instrucciones impartidas por el GrTS, y, en su caso, por la Administración competente (art. 68. a) LSH y 6. 3.a) y b) RLSH). Por otra parte, con respecto a las instalaciones de la red de transporte secundario, en virtud del artículo 66.4 LSH, en su redacción dada por el artículo único.15 de la Ley 12/2007, los transportistas son responsables «del desarrollo y la ampliación de la red de transporte, definida en este artículo a efecto de garantizar el mantenimiento y mejora de una red configurada bajo criterios homogéneos y coherentes». Todo ello sin perjuicio de lo que establezca la planificación obligatoria por parte del Gobierno. Y de la estipulada en el artículo 26.2 a) del RLSH en relación con las acometidas: «Realizar las acometidas y la conexión de nuevos consumidores o ampliación de los existentes que se les planteen en las áreas geográficas que comprendan las autorizaciones de instalaciones de distribución o zonas de influencia de los gasoductos de transporte»⁵⁵⁰. Al respecto, hay que destacar que cuando se dé esta última circunstancia, los derechos y obligaciones establecidos para las empresas distribuidoras les serán también de aplicación a los transportistas (art. 23 RLSH). Correlativamente, pueden exigir que las instalaciones conectadas a las de su propiedad reúnan las condiciones técnicas establecidas y que sean usadas en forma adecuada (art. 69 b) LSH y 6.2.d) RLSH).

Por otro lado, tienen derecho a participar en los procedimientos para adjudicación de nuevas instalaciones de acuerdo con los procedimientos establecidos, y a elevar al GrTS las propuestas de ampliación de las instalaciones de transporte que consideren oportunas (art. 6. 2 a) y b)).

El artículo 12.3 ñ) del ATRSEI, establece que el GrTS en su calidad de transportista, «debe desarrollar las obras de infraestructura encomendadas por el Ministerio de Economía, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Adicional primera del presente Real Decreto». Con respecto a esta disposición, que continúa vigente, deben realizarse dos observaciones. En primer lugar, la referencia a la DA 1ª es errónea, será en todo caso, según se puede deducir a la DA 2ª, que se refiere al otorgamiento de las autorizaciones de construcción de las instalaciones de transporte mediante un «sistema

⁵⁵⁰ En opinión de, PÉREZ DE AYALA BECERRIL, L., esta «acometida de transporte» como él la denomina es una figura «ciertamente ambigua», en «El sistema...», op cit., p. 458.

de concurso, de forma que se garantice, la transparencia, objetividad y su concurrencia» y seguidamente dispone «En caso de falta de concurrencia, el Ministerio de Economía podrá encomendar al transportista que esté realizando las funciones de gestor técnico del sistema que lleve a cabo la realización de los proyectos y la subsiguiente construcción de las instalaciones». En segundo término, no debe perderse de vista que si bien bajo la vigencia de la Ley del Gas esta era una situación común⁵⁵¹, en el contexto actual, dada la personalidad jurídica privada de ENAGAS constituye una atribución que refleja las circunstancias reales del sector.

ii) Obligaciones y derechos respecto de sus actividades y funcionamiento del sistema

Los transportistas conservan su tradicional obligación de *servicio público* de «realizar sus actividades en la forma autorizada y conforme a las disposiciones aplicables, prestando el servicio de forma regular y continua, con los niveles de calidad que se determinen» (art. 68. a), y 6.3 a) RLSH)⁵⁵². Es decir, el régimen remite al título habilitante a efecto de saber cuál es esa «forma autorizada». Sin embargo, tampoco se contiene en él, por tanto, hay que recurrir a la normativa aplicable.

En relación con el ATR, están obligados a facilitar el uso y la conexión a sus instalaciones para los movimientos de gas resultantes del funcionamiento del sistema, tema que se estudia en detalle en el siguiente capítulo. Consecuentemente, deben admitir su utilización por parte de todos los sujetos autorizados (consumidores directos, los comercializadores, o los transportistas), en condiciones no discriminatorias de acuerdo con las normas técnicas. A ese efecto, deberán celebrar los correspondientes contratos de regasificación, almacenamiento y transporte con quienes tengan este derecho (68. c) y e) LSH, y 6.3. c) y d) RLSH). También están obligados a mantener un sistema operativo que asegure la atención y resolución permanente de incidencias que se presenten en las redes de transporte con carácter de urgencia (art. 6.3.k) RLSH). Por

⁵⁵¹ Esta función se asimila a la establecida en el artículo 3 del Decreto de creación de ENAGAS: «Por el Ministerio de Industria se determinarán el trazado y las características de una red nacional básica de gasoductos. Cuando el Estado decida acometer por sí mismo la construcción y explotación de gasoductos, lo hará por intermedio de la “Empresa Nacional de Gas, S. A.”».

⁵⁵² Sobre esta obligación, GALLEGO ANABITARTE, A., subraya que es una «típica obligación de un concesionario de servicio público», «El sector del gas...», op. cit., p. 237.

otro lado, tienen derecho a efectuar las lecturas de los consumos en los puntos finales en los casos en que no exista otra unidad de medición desde la red de su propiedad hasta la instalación del cliente (art. 6.2. f) RLSH).

Entre otras obligaciones relativas al suministro de información, los transportistas deben proporcionar a cualquier otra empresa que realice actividades de almacenamiento, transporte y distribución y al GrTS⁵⁵³, suficiente información para garantizar que el transporte y el almacenamiento de gas pueda producirse de manera compatible con el funcionamiento seguro y eficaz de la red interconectada (art. 68 f) LSH). Asimismo, tienen que entregar toda aquella información, con el detalle y frecuencia con la que les sea requerida por parte de la administración competente, en especial, la relacionada con los contratos de ATR y la calidad del servicio, la cual deben remitir tanto al Ministerio de Economía como a las Administraciones Autonómicas. En este último caso, se informará cuando dichas instalaciones estén situadas total o parcialmente en una CA y el contratante de los servicios sea un consumidor cualificado (directo en mercado), un comercializador o un transportista con instalaciones en el territorio de ésta (art. 68 g) LSH y 6.3.h) RLSH). Del mismo modo, vienen obligados a garantizar el secreto de la información de carácter confidencial que se ponga a su disposición de acuerdo con los procedimientos de operación correspondientes (art. 6.3.f) RLSH). De igual manera, tienen derecho a recibir de otros sujetos del sistema la información necesaria para el ejercicio de sus funciones (6.2 e) RLSH).

En relación con la separación contable, sobre la que se incidirá más adelante en otro epígrafe, los transportistas deben llevar en su contabilidad cuentas separadas de las actividades de regasificación, almacenamiento, transporte y compraventa de gas. Tratándose del GrTS, debe llevar cuentas separadas de su actividad de gestión técnica del sistema (62 LSH y 6.3. j) RLSH).

⁵⁵³ Obsérvese que el artículo 68 f): «Proporcionar a cualquier otra empresa que realice actividades de almacenamiento, transporte y distribución (...) la información suficiente para garantizar que el transporte y el almacenamiento...» es omiso en cuanto a los sujetos frente a los que está obligado, pues no incluye a las empresas que realizan actividades de regasificación. Esta situación se corregiría si simplemente se hiciera alusión a los transportistas y distribuidores.

En el desarrollo de su actividad están obligados, de acuerdo con la modificación introducida por el artículo único.17 de la Ley 12/2007, a presentar para su aprobación los planes de inversión anuales y plurianuales al Secretario General de Energía del MITC, antes del 15 de octubre de cada año. Estos planes deben contener como mínimo: los datos de los proyectos previstos para el año siguiente, sus principales características técnicas, presupuesto y calendario de ejecución. En cuanto a su aprobación por parte del órgano respectivo del MITC, se establece el plazo de un mes para el pronunciamiento expreso sobre los mismos, de lo contrario se deben considerar aprobados (art. 68 b) LSH).

Por la realización de dichas actividades dentro del sistema gasista, los transportistas tendrán derecho a una retribución que será establecida de acuerdo con tarifas, cánones y peajes establecidos por el Gobierno, según se estudiará posteriormente (art. 69.a) LSH). Así como, en concordancia con lo establecido el artículo único.18 de la Ley 12/2007: «Tienen derecho a exigir las garantías que determine la Administración para el cobro de peajes y cánones» (art. 69.c) LSH).

d. Breve referencia al servicio de tránsito internacional

Finalmente, hay que hacer una breve referencia a este servicio que no está regulado en la LSH como una actividad del transportista. Sin embargo, se incluye aquí pues se realiza a través de las redes de alta presión y, por lo tanto, la debe llevar a cabo el transportista, -generalmente corresponde a ENAGAS-. Esta actividad está asociada con el ATR e incluida en el régimen económico del sistema desde el año 2005 como uno de los servicios por los que se debe pagar un peaje. Se trata del transporte de GN con destino a una conexión internacional y con origen en otra conexión internacional, una conexión con un yacimiento o una planta de regasificación. La prestación de este servicio requiere la aprobación del GrTS y la denegación por parte de éste debe ser motivada (art. 13 Orden ITC 3996/2006).

4. El suministro en sentido estricto. Las actividades de distribución y comercialización

La distribución y la comercialización son actividades completamente diferenciadas que forman parte de la cadena del suministro de GN. Sin embargo, en la versión original de la LSH su régimen jurídico se solapaba, no estaba claramente delimitado. Las reformas

introducidas por la Ley 12/2007 han clarificado dicha regulación al introducir un nuevo modelo para el avance del proceso de liberalización. No obstante, el desfase que existe entre la normativa reglamentaria cuya vigencia queda condicionada a su revisión y adaptación a la nueva normativa legal, pero que, de momento, debe continuar aplicándose⁵⁵⁴, puede producir un cierto grado de inseguridad jurídica en un sistema que realiza a diario incontables transacciones.

De ahí que, antes de entrar al régimen jurídico de cada una de las actividades de distribución y comercialización, es necesario hacer alusión a una serie de circunstancias relacionadas con estas dos actividades y el denominado suministro con el propósito de entender la situación actual.

**A. Consideraciones previas sobre la acepción de su ministro y su relación-
«confusión» con la distribución y la comercialización. Evolución de la
normativa reguladora.**

Como se venía diciendo, en el momento de promulgación de la LSH, la indefinición de diversos aspectos relativos al nuevo estatuto jurídico del distribuidor como actor en dos mercados distintos— a tarifa y en régimen de libre competencia— propiciaba una regulación oscura. El hecho de que apenas se estaba gestando el proceso de apertura de las redes al acceso de terceros y la nueva actividad —la comercialización—, parecen contar entre los factores que favorecieron una regulación más bien confusa. No se ha logrado delimitar cada una de las actividades de manera acabada. Se reflejaban en la LSH una serie de situaciones que la llevaban a ser reiterativa y a solapar la actividad de ambos sujetos. Al igual que en el caso del transporte, en la regulación sobre esta actividad se observaba el influjo de la situación precedente.

⁵⁵⁴ Caso del Título III del RLSH, que pese a las reformas introducidas por la Ley 12/2007, se aplica al nuevo suministro a tarifa de último recurso, según lo establecido por el artículo 2 del RD SUR, pues hay que realizar interpretaciones que pueden llevar a conflictos.

A lo anterior hay que añadir que su desarrollo reglamentario ha sido bastante tardío lo cual provocó, durante más de cuatro años, la coexistencia de una Ley con objetivos claramente liberalizadores y una reglamentación, incluso, preconstitucional⁵⁵⁵.

Es así como la versión originaria de la LSH reguló en sus capítulos V y VI del Título IV las actividades de distribución y suministro de combustibles gaseosos respectivamente. De este modo, se incluye en el capítulo relativo al suministro todo lo referido a la actividad de comercialización, así como a la actividad realizada por el distribuidor en su condición tradicional de «suministrador», es decir, como sujeto que realiza la entrega final del combustible. De manera que, la LSH utiliza indistintamente dos acepciones del término suministro. En su sentido más amplio, para referirse a la cadena de actividades realizadas por los actores del sistema que tienen como resultado proveer el GN a los consumidores⁵⁵⁶. Esta es su acepción más generalizada. En un sentido más restringido, para hacer alusión al hecho singular de la entrega efectiva del combustible al consumidor final⁵⁵⁷, fase ésta que, como se verá, también se consideraba, hasta la fecha

⁵⁵⁵ Piénsese por ejemplo en el Reglamento de 1973, que se ha ido derogando a través de reformas parciales. Al igual que el RD 919/2006, el RLSH mediante la DD única establece: «queda derogado el Decreto 2913/1973, de 26 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Servicio público de Gases Combustibles, en los aspectos regulados por este Real Decreto, permaneciendo en vigor en todo lo no contemplado en este Real Decreto».

⁵⁵⁶ Ejemplos de ello son: el artículo 86 donde se habla de la «calidad del suministro de combustibles gaseosos» o el artículo 98 que establece la «seguridad del suministro». Con anterioridad a la reforma introducida por la Ley 12/2007 las obligaciones relativas a la seguridad del suministro vinculaban a todos los sujetos del sector. En el texto vigente, la seguridad del suministro es una obligación que atañe solamente a los comercializadores y a los consumidores directos en mercado.

⁵⁵⁷ El ejemplo más claro era precisamente el artículo 79 del texto original de la LSH que disponía: «el suministro de combustibles gaseosos será realizado por los distribuidores cuando se trate de consumos en régimen de tarifa o por los comercializadores en caso de los consumidores cualificados.» Esta acepción se asemeja más a la contenida en la DMIGAS que define «suministro» como: «la entrega y/o venta a clientes de gas natural procesado, incluido el licuado» y que ha sido modificada por la DG 2003/55/CE, en el siguiente sentido: «la venta y la reventa a clientes de gas natural, incluido el GNL» (art. 2.7). Recuérdese que la Directiva, denomina «clientes» a los consumidores. De manera que, la definición de «suministro» en el caso español, se reduce a la venta a clientes finales, que bajo ninguna circunstancia pueden revender el GN, mientras la DG ha ampliado la definición para entender también como suministro la «reventa», es decir, las posibles ventas entre comercializadores, por ejemplo.

de la última reforma de la LSH, dentro de las actividades del distribuidor en el sentido tradicional⁵⁵⁸.

Ambas acepciones se acogían en el Capítulo VI de la LSH, que se titulaba «Suministro de combustibles gaseosos»⁵⁵⁹. Aunque dicho Capítulo no contiene una definición de éste, su artículo 79 disponía: «El suministro de combustibles gaseosos será realizado por los distribuidores cuando se trate de consumidores en régimen de tarifa, o por los comercializadores en caso de los consumidores cualificados». Es decir, restringía el suministro a la relación última entre el consumidor y el distribuidor o el comercializador, a los cuales atribuía dicha actividad.

Esa confusión debida al uso indeterminado de las acepciones del término suministro ya se observaba en la Ley del Gas de 1987. Por su parte, la LSH si bien en principio parecía tener como intención inicial separar ambas actividades -distribución y comercialización- y utilizar la noción de suministro en su sentido más general, ésta se va diluyendo en el desarrollo de la normativa al respecto. Una lectura de los artículos referidos a este tema confirma lo dicho antes. Para empezar, el artículo 54 señala: «Las actividades de fabricación, regasificación, almacenamiento, transporte, distribución y comercialización de combustibles gaseosos para su suministro por canalización (...)», Como puede verse, no hay referencia alguna en este artículo a una actividad denominada «suministro». Por su parte, el artículo 58 c) cuando define al distribuidor, no le atribuye la actividad de suministro, más bien hace referencia a su responsabilidad con respecto a las instalaciones destinadas a «situar el gas en los puntos de consumo». Luego, el artículo 60.1 relativo al funcionamiento del sistema, dispone: «La regasificación, el almacenamiento básico, el transporte y la distribución tienen carácter de actividades reguladas». Este precepto tampoco contiene referencia alguna a esta

⁵⁵⁸ El ejemplo más claro de ello es el artículo 21 de la Orden ITC/3993/2006, de 29 de diciembre, por la que se establece la retribución de determinadas actividades reguladas del sector gasista que regula precisamente, la «actividad de suministro a tarifa», por citar la más reciente, ya que este artículo, con diferente numeración, se encuentra en todas las Ordenes que se han emitido desde 2002 sobre la retribución de las actividades del sector.

⁵⁵⁹ Nótese que el Título IV se titula: «Ordenación del Suministro de Gases Combustibles por canalización». Allí está utilizado en su sentido más genérico, mientras aquí alude a las fases finales de la cadena incluyendo tanto la distribución como la comercialización y la entrega del gas.

actividad. Hasta aquí, la regulación es coherente, pues el término suministro no está referido a una actividad específica sino que se utiliza en su acepción más general, que abarca todas las actividades del ciclo.

Sin embargo, el enunciado del Capítulo VI en el texto original de la LSH era «Suministro de combustibles gaseosos» y en su artículo 79 determinaba los sujetos que podían llevarlo a cabo: los distribuidores y los comercializadores. Por tanto, ya le atribuía otro sentido, el más restringido de la entrega final. Se asume más bien como una actividad determinada.

Por otra parte, con respecto a la distribución, la LSH tampoco define la actividad pero sí a los distribuidores como: «aquellas sociedades mercantiles autorizadas para la construcción operación y mantenimiento de instalaciones de distribución destinadas a situar el gas en los puntos de consumo» (art. 58.c)). Consecuentemente, nótese que el distribuidor debe realizar, según dicha regulación, tanto la actividad de suministro como la de distribución, pero estas dos se pueden fundir en una sola. Ello tiene como consecuencia, por una parte, que se confunda la actividad de distribución con el denominado suministro, y por otra, éste último con la comercialización⁵⁶⁰.

Pues bien, es un hecho incontestable que el distribuidor –en algunos casos el transportista- será quien continúe entregando el gas en las instalaciones del consumidor, pues es éste quien posee las instalaciones que se conectan directamente con las del consumidor, y por tanto, quien debe realizar dicha entrega, ya que otra cosa no tendría sentido –puesto que implicaría duplicar las instalaciones- lo cual, podría ir en perjuicio del consumidor, además de que el comercializador no posee instalaciones. Pero en principio, sólo es una situación transitoria que sea este mismo sujeto el que negocie la venta con el consumidor final, ya que es precisamente esa la función que viene a cumplir el comercializador.

Adicionalmente, hay que destacar que, como se advirtió páginas atrás, entre las actividades establecidas en el artículo 54 LSH, no está la actividad de suministro. Por lo

⁵⁶⁰ Al punto que, en el art. 63 LSH, se le atribuía a los distribuidores la actividad de «comercialización a tarifa». Esta situación se ha corregido con la reforma introducida por la Ley 12/2007.

tanto, lo que cabía esperar era un Capítulo VI bajo la rúbrica de «comercialización», que es justamente lo que ha venido a modificar el artículo único.25 de la Ley 12/20007. De hecho, en el citado Capítulo VI, se encuentra la regulación general sobre los comercializadores, tanto lo relativo a la autorización respectiva, como a su estatuto jurídico. Pero como se verá en el estudio de la normativa vigente, la confusión continúa existiendo en algunos casos⁵⁶¹.

Por su parte, el RLSH, anticipándose a la Ley 12/2007, había corregido parcialmente la situación anterior pero a costa de modificar lo entonces establecido en la LSH, que ahora sí, ha quedado cubierto por la norma legal. Por un lado, dedica un capítulo a la «actividad de comercialización» es decir, la separa y distingue del suministro, y por otro, amplía la definición de suministro al definirlo, en su artículo 31, como la: «entrega, mediante contraprestación económica, en las condiciones de regularidad y calidad que resulten exigibles. Dicha entrega podrá efectuarse a través de las redes de transporte y distribución o en forma de gas natural licuado»⁵⁶². Es decir, cambia lo dispuesto por la LSH al atribuir el suministro, en sentido estricto, también a los transportistas, los únicos que podían poseer instalaciones de transporte, (hasta la última reforma del artículo 58 c) introducida por el artículo único ocho de la Ley 12/2007 que ha reflejado una situación que ya se daba en la práctica, al permitir que los distribuidores posean instalaciones de transporte de la red secundaria). Aunque enseguida, intenta cerrar esa posibilidad al establecer que «el suministro sólo podrá ser realizado por empresas distribuidoras o por empresas comercializadoras debidamente autorizadas». Lo cual contradice claramente el párrafo anterior y no se corresponde con la propia regulación del artículo 26.2 RLSH que dispone las obligaciones de los transportistas en relación con las acometidas.

⁵⁶¹ Además, ahora han quedado incluidas en el Capítulo VI: «Comercialización de combustibles gaseosos» algunas normas que no tienen relación con la regulación de esta actividad, por ejemplo, el artículo 89 «Normas técnicas y de seguridad de las instalaciones», cuando justamente este es el único sujeto que no posee instalaciones. Así como normas relativas al suministro en sentido amplio. Aunque hay que decir que, al menos, esta es una cuestión formal que no tiene mayor incidencia en el funcionamiento del sistema.

⁵⁶² Nótese este artículo no requerirá ninguna modificación pues se ajusta a la función que tanto los transportistas como distribuidores tienen asignada en el mercado liberalizado., siempre y cuando se entienda el suministro en sentido amplio.

Para terminar, las órdenes ministeriales que establecen la retribución de las actividades reguladas del sector limita los costes relativos «a la actividad de suministro» a aquéllos en los que incurre el distribuidor para atender a los clientes a tarifa⁵⁶³. Con ello se termina de confirmar la vaguedad y poca importancia que se otorga a definición clara de la terminología que se utiliza en toda la regulación del sector de los combustibles gaseosos.

Lo que ha venido a hacer la Ley 12/2007 es crear una regulación más ajustada a la función que está destinado a cumplir el distribuidor en la nueva estructura del sector. Pues una cuestión si es irrefutable, al menos por el momento, la distribución es una actividad regulada que tiene carácter de monopolio natural⁵⁶⁴. Mientras que el suministro en su sentido más amplio, puede abarcar tanto actividades libres como reguladas, y en su sentido estricto, incluso sería una actividad libre, en los casos en que es realizada por el comercializador, en los términos en que se acogía en el texto original de la LSH.

En conclusión, puede decirse que si bien la reforma reordena más coherentemente, en algún sentido, el régimen de las actividades, dado el avance del proceso de liberalización, y la coexistencia temporal de diversos estatutos tanto para el distribuidor como para el comercializador su correcta regulación requiere una definición detallada del alcance de las nuevas funciones de cada uno, que aún no se ha alcanzado, dada la velocidad con que se pretenden hacer los cambios. Y es que en el denominado «nuevo modelo», el comercializador pasa a ser «suministrador de último recurso» que no significa otra cosa que atribuirle la actividad de «suministro a tarifa» que hasta ahora

⁵⁶³ Así, desde la primera Orden que reguló la materia en 2002, la Orden ECO/301/2002 de 15 de febrero, (art. 12), hasta la Orden ITC/3993/2006 (art. 21) vigente en 2007, y así, todas las órdenes que han regulado la materia entre 2002 y 2006. La única diferencia es que en la Orden de 2006 se sustituye en término «cliente» utilizado en la Orden de 2002, y se vuelve al de «consumidor».

⁵⁶⁴ Así lo pone de manifiesto la exposición de motivos del RD-L 5/2005, en su punto III: «Otras reformas adoptadas se orientan a eliminar prácticas ineficientes en el ámbito de la distribución, como la coexistencia en un mismo ámbito territorial que puede llevar a la existencia de instalaciones redundantes y aumentar los costes de mantenimiento con la consiguiente pérdida de eficiencia. A través de las reformas que se introducen, se evitan estas prácticas, partiendo de la premisa de que la distribución, tanto de electricidad como de gas natural, es una actividad regulada, que tiene carácter de monopolio natural, y sin perjuicio de que se habiliten causas para el acceso de terceros a la red de distribución o la competencia por las autorizaciones, que eviten comportamiento oportunistas a los distribuidores.»

venía realizando el distribuidor aunque sea éste último el que continúe realizando la entrega del GN. Lo cual, por otro lado, genera nuevos desajustes.

Así las cosas, se estudia a continuación el régimen particular de las actividades de distribución y comercialización que, durante el plazo establecido en DT cuarta de la Ley 12/2007, -1 de enero de 2008, plazo que ha sido retrasado a 1 de julio de 2008- se desdoblan en «suministro a tarifa» para el caso del distribuidor y «suministrador de último recurso» para el comercializador.

B. La distribución. Actividad regulada en un mercado en régimen de libre competencia.

El Capítulo V de la LSH establece la regulación de la «Distribución de combustibles gaseosos por canalización». En relación con esta actividad, en líneas generales, el artículo 72 dispone los aspectos que deberán constituir el objeto de su ordenación: «establecer y aplicar los principios comunes que garanticen su adecuada relación con las restantes actividades gasistas, determinar las condiciones de tránsito de gas por dichas redes, establecer la suficiente igualdad entre quienes realizan la actividad en todo el territorio y la fijación de condiciones comunes equiparables para todos los usuarios». En otras palabras, se refiere a tres aspectos esenciales: la relación propiamente entre los distribuidores, al acceso de terceros a sus redes de distribución -que será objeto de estudio en detalle en el capítulo siguiente-; y, las condiciones en que se establece su relación con los consumidores.

La LSH no establece una definición de la actividad sino que desarrolla tales aspectos básicamente a través de la enumeración de una serie de derechos y obligaciones a cargo del distribuidor. La normativa reglamentaria está contenida en el RLSH –que deberá reelaborarse a partir de la reforma de la LSH introducida por la Ley 12/2007- y en el RD 919/2006, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento técnico de distribución y utilización de combustibles gaseosos y sus instrucciones técnicas complementarias ICG 01 a 11; pero además, la LSH expresamente reconduce a la normativa dictada por las CCAA en el ámbito de sus competencias.

El RLSH por su parte, sí proporciona una definición de esta actividad: «aquella que tiene por objeto la transmisión de gas natural desde las redes de transporte hasta los

puntos de suministro en las adecuadas condiciones de calidad, así como la venta de gas natural a los consumidores a tarifa» (art. 7 RLSH). De manera que, esta actividad se desdobra en dos, la de distribución propiamente, o transmisión del gas por las redes respectivas, que será su única función en un mercado plenamente liberalizado; y, la de venta del combustible a los consumidores a tarifa⁵⁶⁵, que no es sino lo que la LSH define también como suministro, según se apuntó antes. Esta última continuará siendo realizada por el distribuidor, en principio, según la DT quinta de la Ley 12/2007, hasta el 1 de julio de 2008⁵⁶⁶, fecha en la que quedará suprimido el sistema tarifario y consecuentemente el distribuidor asumirá su papel de administrador y gestor de infraestructuras de distribución, y en su caso, de transporte secundario, exclusivamente.

Por otro lado, hay que recordar que, aunque de acuerdo con la derogada DT quinta de la LSH, desde el 1 de enero de 2003, todos los consumidores tienen la consideración de cualificados la misma DT creó un régimen transitorio que permitía a los consumidores a tarifa mantenerse en ese régimen e incluso, aún habiendo hecho efectivo su derecho de pasar al mercado liberalizado continúan teniendo la posibilidad de volver al mercado a tarifa. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 2 del RD SUL «el sistema de aprovisionamiento y suministro a tarifa por parte de las empresas distribuidoras vigente antes de la entrada en vigor de la Ley 12/2007 (...) queda extinguido el día 1 de julio en todos sus términos». Cabe preguntarse entonces ¿en qué situación queda el régimen jurídico de los consumidores? Este tema se estudia en un epígrafe posterior referido a los consumidores.

⁵⁶⁵ De hecho, según la DT quinta de la LSH, los consumidores a tarifa desaparecieron a partir del 1 de enero de 2003. Consecuentemente, esta norma fue derogada por la DD única d), del RD-Ley 5/2005, de 11 de marzo.

⁵⁶⁶ La delimitación de la actividad de distribución ha presentado desde antaño dificultades. Como ha apuntado DEL GUAYO, la realidad no permite distinguir entre el suministro y la distribución, ya que el sujeto que se encuentra al final de la cadena es el distribuidor y, por lo tanto es quien realiza la entrega del gas al usuario, y no tiene sentido, interponer un sujeto más a la cadena para este efecto. *El suministro...*, op. cit., pp. 141-142. De hecho, la DMIGAS incurría en la misma situación al definir distribución como «el transporte del gas por redes de gasoductos locales o regionales para su suministro a clientes», cuestión que ha sido revisada y ajustada en la DG 2003/55/CE, que ha añadido la siguiente frase: «pero sin incluir el suministro» (art. 2) 5)). De esta manera, distingue entre ambas actividades. La Directiva con esta definición supera ese estadio intermedio en la transición a la competencia en que se encuentra el distribuidor que aún es el encargado de llevar a cabo el suministro a los consumidores, entendido como la venta y entrega final del gas.

Es difícil separar las obligaciones y derechos de los distribuidores en relación estrictamente con su actividad de distribución puesto que, como se ha señalado, la entrega final del combustible, aún después de las reformas introducidas por la LSH, que restringen su actuación al mercado liberalizado, seguirá estando a su cargo. De hecho, el RLSH, adelantándose a la última reforma de la LSH, elimina esa doble regulación contenida en ella, con la que se pretendía realizar una separación de sus actividades de distribución y suministro, y establece, por un lado, el estatuto jurídico de los distribuidores y, por otro, el de los comercializadores. Lo que no se tenía claro al momento de elaborar la LSH, se había esclarecido al efectuar su desarrollo reglamentario.

En lo que concierne a la actividad de distribución, como se mencionó antes, la LSH en su redacción original optaba por separar la actividad de distribución (Capítulo V) de la de suministro en sentido estricto (Capítulo VI), duplicando la regulación relativa a los derechos y obligaciones del distribuidor, atribuyéndole, por ejemplo, la obligación de «efectuar el suministro a todo peticionario del mismo y ampliarlo a todo abonado que lo solicite, siempre que exista capacidad para ello y siempre que el lugar donde deba efectuarse la entrega del gas se encuentre comprendido dentro del ámbito geográfico de la autorización, suscribiendo al efecto la correspondiente póliza de abono, o, en su caso, contrato de suministro» (art. 74 a) y 83.1.a), y 74 k) y 83.1.b) del texto original de la LSH). Estas obligaciones estaban estipuladas tanto entre sus obligaciones en calidad de distribuidor, como entre sus obligaciones en relación con el suministro. En efecto, éstas son funciones que ha venido cumpliendo el distribuidor desde siempre, lo único que ha cambiado es que ya no tiene una concesión de actividad, sino una autorización de instalación que contiene una delimitación del ámbito geográfico para la realización de la actividad, al igual que sucedía con aquella. Algunas de estas obligaciones, en coherencia con los objetivos de la liberalización, han sido eliminadas con la reforma introducida por Ley 12/2007.

De manera que, mientras se cumplen los plazos establecidos, el distribuidor puede tener obligaciones respecto de cualquier consumidor en el mercado libre o a tarifa. Dichas obligaciones están contenidas en los artículos 74 de la LSH y desarrolladas en los artículos 32 a 35 del RLSH. Antes de estudiar detalladamente su estatuto jurídico se delimita la figura del distribuidor.

a. Los distribuidores

Más congruente con los objetivos de la LSH, pues es la función que continuarán realizando en el mercado liberalizado, resulta la definición del distribuidor contenida en el artículo 58 c) de la LSH: «Son aquellas sociedades mercantiles autorizadas para la construcción, operación y mantenimiento de las instalaciones de distribución, destinadas a situar el gas en los puntos de consumo». Además, de acuerdo con la modificación introducida por el artículo único.8 de la Ley 12/2007, también están autorizados para construir, operar y mantener las instalaciones de la red de transporte secundario, debiendo llevar en su contabilidad interna cuentas separadas de ambas actividades de conformidad con las normas establecidas sobre el tema (art. 58. c) LSH). Con esta modificación, se incluye en la normativa una situación que ya se presentaba en la práctica y que de hecho, ya estaba estipulada en el RLSH pero no en la LSH⁵⁶⁷

En ella no se hace referencia a la venta del GN al consumidor, aunque en el esquema inicial de la LSH se les atribuya dicha obligación para el caso de los consumidores a tarifa, para lo cual, le impone el deber de adquirir el gas a los transportistas a un precio de transferencia regulado por el Gobierno (art. 74 a) y b) LSH –versión original-).

La Ley 12/2007, coherentemente con los objetivos de la reforma, distingue el estatuto de las empresas distribuidoras, es decir, diferencia sus funciones en el mercado regulado y en el liberalizado. En cuanto se refiere a esta actividad en el nuevo esquema, su estatuto está referido básicamente al ATR. Consecuentemente, elimina la típica obligación de los distribuidores de «efectuar el suministro a tarifa a todo peticionario del mismo y ampliarlo a todo abonado que lo solicite, siempre que exista capacidad para ello y siempre que el lugar donde deba efectuarse la entrega del gas se encuentre

⁵⁶⁷ Por tanto, no sólo hacía ilegal el precepto reglamentario en ese sentido, sino que podía generar dudas en relación con el estatuto jurídico, pues la redacción original del art. 58 c) decía literalmente: «Los distribuidores son aquellas personas jurídicas titulares de instalaciones de distribución, que tienen la función de distribuir el gas natural por canalización, así como construir, mantener y operar las instalaciones de distribución destinadas a situar el gas en los puntos de consumo». Al definirlos a partir de la posesión de las instalaciones, y permitirles también poseer instalaciones de la red de transporte secundario, -como lo hacía el RLSH- se desbordaba la definición, convirtiéndolos en distribuidores-transportistas y con ello, podía atribuírseles las obligaciones y derechos de ambos sujetos. Y la misma definición se contenía en el RLSH, cuya única diferencia era que explicitaba que debían reunir la capacidad legal técnica y económica establecida al efecto.

comprendido dentro del ámbito geográfico de la autorización». No obstante, debe recordarse que de acuerdo con el régimen transitorio establecido por dicha Ley el suministro a tarifa en los términos tradicionales, continuará vigente hasta el 1 de julio de 2008.

Así las cosas, se estudia a continuación el estatuto jurídico del distribuidor en cada uno de los mercados.

b. Estatuto jurídico de los distribuidores en relación con la actividad de distribución –mercado en régimen de libre competencia-.

En primer término, hay que señalar que, para permanecer dentro del sistema los distribuidores están obligados a mantener el cumplimiento de los requisitos exigidos para el ejercicio de la actividad, es decir, las condiciones, técnicas, económicas y financieras que se constatan al otorgar la autorización (10.3.a) RLSH). Igualmente, deben llevar a cabo sus actividades en la forma autorizada y conforme a las disposiciones aplicables, garantizando los niveles de calidad establecidos reglamentariamente (art. 74.a) LSH)⁵⁶⁸.

i) Obligaciones y derechos relativos a sus instalaciones

En relación con las instalaciones de distribución, las empresas distribuidoras tienen una función relevante para el cumplimiento de las obligaciones de interés económico general, pues no sólo deben realizar las acciones necesarias para operarlas y mantenerlas en adecuadas condiciones de conservación e idoneidad técnica, sino también, proceder a su ampliación en el ámbito geográfico de su autorización, en condiciones de igualdad, cuando sea necesario para atender nuevas demandas de suministro de gas, sin perjuicio de lo que resulte de la aplicación del régimen establecido reglamentariamente para las acometidas –que se estudiará posteriormente-. A este efecto, tienen la obligación de dimensionar sus instalaciones con la capacidad suficiente «para atender la demanda teniendo en cuenta las previsiones de su

⁵⁶⁸ Según apunta el Prof. GALLEGO ANABITARTE, A.: «Esta es la típica obligación del antiguo concesionario de servicio público», «El sector del gas...», op. cit., p. 21.

crecimiento en la zona». En este sentido, es claro que el distribuidor no tiene libertad de actuación. Incluso la LSH otorga la potestad respectiva a la Administración competente para determinar, atendiendo a sus condiciones, cuál distribuidor debe proceder a ampliar sus instalaciones (en caso de que existan varios cuyas instalaciones sean susceptibles de ello), para atender nuevos suministros y ninguno decida emprenderla. Consecuentemente, están obligados a realizar las acometidas y el enganche de nuevos usuarios que lo soliciten (art. 74 c) y d) y j) LSH; art. 10. 3. e), f) y k) y 11 RLSH). De esta manera, se asegura la no discriminación de consumidores, la clave de los servicios de interés económico general, aunque haya sido eliminada la función establecida en el artículo 83.1.a) «Atender, en condiciones de igualdad, las demandas de nuevos suministros de gas en las zonas en que operen y formalizar los contratos de suministro de acuerdo con lo establecido por la Administración». Además, tienen el deber específico de aplicar las medidas que se establezcan, en relación con los consumidores que tienen la condición de «esenciales».

De igual forma, tienen derecho a exigir que las instalaciones conectadas a las de su propiedad reúnan las condiciones técnicas y de construcción establecidas y sean utilizadas de forma adecuada para que el suministro se produzca sin deterioro o degradación de su calidad para otros consumidores, a cuyo efecto pueden solicitar la verificación del buen funcionamiento de los equipos de medición de los suministros (art. 75 LSH y 10.2 d) RLSH).

Una obligación novedosa, en orden a la planificación del sistema establecida por el artículo único.21 de la Ley 12/2007 es la de presentar al órgano competente de la CA en la que desarrollen su actividad, antes del 15 de octubre de cada año, los planes de inversión anuales y plurianuales en los que deben figurar, como mínimo, los datos de los proyectos previstos para el año siguiente, sus principales características técnicas, presupuesto y calendario de ejecución (art. 74.s) LSH).

Por otro lado, tienen derecho a promover la construcción de instalaciones receptoras comunes (IRC), aunque no se consideran instalaciones de distribución (art. 75 d) RLSH).

ii) Obligaciones y derechos relativos a la realización de la actividad y funcionamiento del sistema

En cuanto al funcionamiento del sistema, los distribuidores tienen la obligación de facilitar el uso de sus instalaciones, cumpliendo las instrucciones que dicte el GrTS, y en su caso, la Administración competente en relación con el acceso a sus instalaciones. Así como, efectuar los contratos de ATR en las condiciones determinadas reglamentariamente y proporcionar a las empresas de transporte, almacenamiento, comercialización y al GrTS⁵⁶⁹, suficiente información para garantizar que el transporte de gas pueda producirse en forma compatible con el funcionamiento seguro y eficaz del sistema –tema objeto de estudio del capítulo siguiente- (art. 74 e) y f) LSH).

En cumplimiento de las obligaciones relacionadas con el régimen económico tienen el deber de comunicar a la Administración competente que hubiese otorgado las autorizaciones de instalaciones y al MITC, las modificaciones relevantes de su actividad a efectos de determinación de las tarifas y la fijación de su régimen de retribución. Asimismo, deben remitir la información que les sea requerida sobre precios, consumos, facturación y condiciones de venta aplicables a los consumidores, y volumen correspondiente por categorías de consumo, así como cualquier información relacionada con la actividad que desarrollen dentro del sector gasista. Tienen el mismo deber con respecto a las Administraciones autonómicas en su ámbito territorial y respecto de la Oficina de Cambios de Suministrador en relación con la información que se determina reglamentariamente. Del mismo modo, tiene derecho a recibir la información sobre los cambios realizados (art. 74 g), h) y l); art. 10.3. i) y j) RLSH y art. 75 g) LSH).

Adicionalmente, deben estar inscritos en la sección primera del Registro Administrativo de Distribuidores, comercializadores y consumidores directos en mercado de

⁵⁶⁹ El inciso f) del artículo 74, que estipula dicha obligación, literalmente dice: «Proporcionar a las empresas de transporte, almacenamiento y comercialización de gas natural suficiente información para garantizar que el transporte de gas pueda producirse de forma compatible...» Se agregó, en la última reforma al GrTS, una importante omisión corregida.

combustibles gaseosos por canalización, creado en el MITC⁵⁷⁰ (art. 83 LSH y 10.3 RLSH).

En relación con el régimen económico los distribuidores tienen derecho a facturar y a cobrar de los comercializadores y consumidores directos en mercado los peajes y cánones respectivos, así como otros servicios asociados al suministro en las condiciones determinadas, y a exigir las garantías respectivas por los peajes de acceso (art. 75 e) y h) LSH), así como a obtener la remuneración que les corresponda por la realización de sus actividades, en los términos que se estudian en el capítulo sexto.

iii) Obligaciones y derechos en relación con los consumidores. Las acometidas y las instalaciones receptoras comunes (IRC).

Para atender al consumidor, debe mantener un sistema operativo que asegure la atención permanente y la resolución de las incidencias que con carácter de urgencia puedan presentarse en las redes de distribución y en las instalaciones receptoras de los consumidores, tanto en el caso de nuevas instalaciones como en el supuesto de modificaciones o ampliaciones a las mismas. También están obligados a realizar las pruebas previas al suministro, y las visitas de inspección a las instalaciones receptoras con la periodicidad definida⁵⁷¹. Además, deben poner en práctica los programas de gestión de la demanda aprobados por la Administración, procurando el uso racional de

⁵⁷⁰ El artículo único.30 de la Ley 12/2007, ha modificado la denominación de este Registro para sustituir a los «consumidores cualificados» por los «consumidores directos en mercado». Hasta la fecha de la modificación el RLSH en su artículo 126 establece la estructura de dicho registro disponiendo una Sección primera para la inscripción de las empresas distribuidoras. Según se extrae del Anexo V a la Orden ECO/3993/2006, de 29 de diciembre, a esa fecha, hay 22 empresas que realizan la actividad de distribución: Naturgas Energía Distribución, S.A., Gas Directo S.A., Distribuidora Regional de Gas S. A., Meridional del Gas, S.A.U., Gas Alicante, S.A.U., Distribución y Comercialización de Gas Extremadura S.A., Gas Aragón, S.A., Gesa gas, S.A., Gas Nalsa, S.A., Gas Tolosa, S.A., Gas Natural SDG, S. A., Gas Natural Andalucía, S. A., Gas Natural Cantabria., S.A., Gas Natural Castilla-La Mancha, S.A., Gas Natural Castilla y León, S.A., CEGAS, S.A., Gas Natural La Coruña, S.A., Gas Galicia, S. A., Gas Natural Murcia, SGD, S.A., Gas Navarra, S. A., Gas Rioja, S.A., Gas y servicios Mérida, S.A. En el año 2002 eran 27 empresas. La reducción en el número es producto básicamente de la privatización y fusión de las sociedades distribuidoras de gas del País Vasco.

⁵⁷¹ El RD 919/2006, de 28 de julio, en sus art. 7 y la Instrucción Técnica Complementaria ITC-ICG 01, regulan detalladamente lo relativo a las instalaciones de distribución, operación, mantenimiento así como las inspecciones periódicas respectivas.

la energía en el desarrollo de sus actividades (art. 74 n), o), p), q), r) LSH; y, art. 10.3. ñ) y o) RLSH).

Los distribuidores están obligados a realizar la medición del suministro preservando, en todo caso, la exactitud de la misma y la accesibilidad a los correspondientes aparatos, facilitando el control de las Administraciones competentes (art. 74 k) LSH).

El RLSH dispone un servicio telefónico de asistencia las veinticuatro horas, todos los días del año. Con este fin deben difundir, por los medios que consideren adecuados, los números de teléfono disponibles, de manera que, tanto los clientes como los organismos públicos puedan acceder a ellos con facilidad. El RLSH establece la obligación de los distribuidores con respecto a los comercializadores de prestar este servicio, en condiciones objetivas transparentes y no discriminatorias. Dichos servicios deben ser capaces de activar un plan de emergencia, autorizado por la Administración competente, de forma que las medidas sean tomadas en el menor tiempo posible⁵⁷². En tales casos, deben disponer de los registros necesarios para informar al organismo administrativo competente en materia de energía, sobre las medidas adoptadas y los medios empleados para garantizar la seguridad, ante cualquier incidencia atendida (art. 10.3 y 35 RLSH).

Los distribuidores están obligados a realizar las acometidas y la conexión de nuevos consumidores o ampliación de los existentes que se les planteen en las áreas geográficas que comprendan las autorizaciones de instalaciones de distribución o zonas de influencia de los gasoductos de transporte. Además deben informar y asesorar al peticionario del punto de conexión con las redes de distribución o gasoducto de transporte de mínimo coste, así como de las características y requisitos necesarios para la misma. Igualmente, tienen que cumplir los plazos establecidos para la tramitación y ejecución de las instalaciones necesarias.

⁵⁷² Como señala, PÉREZ DE AYALA BECERRIL, L., «No hay indicación del modo de cumplir esta obligación, debiendo entenderse que no se trata estrictamente de una obligación de resultado, a pesar de que la dicción del precepto pudiera dar a pensar lo contrario (...) Esto es, un distribuidor cumplirá esta obligación disponiendo de un servicio que asegure la atención permanente, pero sin necesidad de que dicha atención implique obligaciones concretas de modo y plazo de resolución de problemas»

Las empresas distribuidoras, con el fin de extender el suministro de GN, están facultados para promover la construcción de IRC. Durante el periodo de amortización de este tipo de instalaciones podrán mantener su titularidad en condiciones libremente pactadas. De acuerdo con el artículo 30 bis del RLSH⁵⁷³, los contratos entre las empresas distribuidoras y los usuarios finales en relación a las IRC deben incluir al menos los siguientes datos: a) el importe que debe abonar el usuario por el uso de la instalación, incluyendo su mantenimiento, así como su actualización a lo largo del tiempo, los períodos de facturación del citado importe; b) el plazo de reversión de las instalaciones a los consumidores, que no puede exceder, en ningún caso, de 20 años, contado desde la puesta en servicio de la instalación; c) condiciones para la incorporación de nuevos clientes; d) debe figurar una cláusula que indique que las instalaciones se encuentran incluidas en el acceso de tercero y que la formalización del citado contrato no supone para el consumidor ningún compromiso respecto a la empresa que debe suministrarle el GN; e) las condiciones de mantenimiento de las instalaciones antes y después de su reversión a los usuarios.

La facturación por el uso de la instalación receptora común puede realizarse junto con la facturación de los demás servicios que preste la empresa suministradora de gas, concepto que figurará de forma explícita en la factura. Además, se debe especificar que corresponden a los precios acordados en un contrato privado (art. 30.4 BIS RLSH).

Finalmente, deben disponer y mantener actualizadas, con independencia de otras pólizas que requieran, una póliza de seguro de responsabilidad civil por una cuantía suficiente que permita cubrir los riesgos, para personas y bienes, que puedan derivarse de las actividades que ejercen (art. 10.3. u), art. 19. 3. k) y 35 RLSH).

⁵⁷³ Este artículo fue añadido al RLSH para llenar un vacío regulatorio en relación con las IRC y para resolver, de alguna manera, una discusión existente en relación con la diferenciación de estas instalaciones de las de distribución.

c. Estatuto jurídico de los distribuidores en su actividad de suministro a tarifa – mercado regulado-.

Esta es la clásica función que cumplía el sujeto concesionario distribuidor-suministrador bajo la vigencia de la Ley del Gas. Esta es una de las funciones que se duplica en la LSH pues también está considerada entre las obligaciones establecidas para los sujetos en su papel de distribuidores, según se vio antes. Ello, como ha venido a añadir el RLSH, con independencia de que se trate de suministros a tarifa o de consumidores cualificados –directos en mercado- , en las zonas en las que operen (art. 74 a) y 83.1.a) LSH, (10.3.k) RLSH).

De acuerdo con lo establecido en la DT cuarta de la Ley 12/2007, el distribuidor continuará realizando el suministro a los consumidores a tarifa hasta el 1 de enero de 2008⁵⁷⁴. Esta actividad tiene la consideración de regulada y será retribuida con cargo a las tarifas, peajes y cánones que se determine por el MITC previo informe de la CDGAE.

A esos efectos, están obligados a adquirir de ENAGAS, al precio de cesión, el GN necesario para atender el suministro. Para ello cuentan, como hasta ahora había sido, con el GN proveniente del contrato con Argelia -regulado en la DT 16ª LSH- que se asigna preferentemente a este tipo de suministro y, a los mismos efectos, tienen derecho al acceso a las instalaciones de transporte y distribución (art. 10.2 a) y b) RLSH).

Adicionalmente, continúan teniendo las obligaciones tradicionales de suministro como son: atender en condiciones de igualdad, las demandas de los nuevos suministros de gas en las zonas que operen y formalizar los contratos de suministro a tarifa de acuerdo con lo establecido en la legislación vigente; aplicar a los consumidores la tarifa que les corresponda; así como informarles de la tarifa más conveniente para ellos y de cuantas cuestiones relacionadas con el suministro de GN les soliciten⁵⁷⁵.

⁵⁷⁴ Es le Orden ITC/3861/2007, de 28 de diciembre, la que amplía el plazo hasta el 1 de julio de 2008.

⁵⁷⁵ Estas obligaciones, que en la versión original de la LSH estaban reguladas en el artículo 83, han pasado a ser parte de las DT cuarta de la Ley 12/2007.

En relación con el mecanismo de traspaso de los consumidores a tarifa de último recurso, los distribuidores deben facilitar, a través de sus páginas web y cada vez que sean requeridas por un consumidor, el listado de empresas comercializadoras facilitado por la CNE con sus respectivos números de teléfono de atención al cliente y direcciones de página web, especificando cuáles han asumido la obligación de suministro de último recurso (art. 4 RD 1068/2007)⁵⁷⁶.

C. La actividad de comercialización y el suministro de último recurso

Como se venía diciendo, la LSH disponía que el suministro se realizara por los comercializadores, en el caso de los consumidores cualificados. A esos efectos, el Capítulo VI, denominado «Suministro de combustibles gaseosos», regulaba todos los aspectos relativos a sus actividades. Una de las principales modificaciones introducidas con la Ley 12/2007 elimina esta indefinición inicial de la LSH, sustituyendo la rúbrica Capítulo VI por la de «Comercialización» y modificando su contenido. Que es precisamente lo que ya se había adelantado en el RLSH. Dicho reglamento dedica el capítulo III, del Título II, exclusivamente a la actividad de comercialización, diferenciándola del suministro, el cual está regulado en su Título III. Pese a ser una actividad calificada como libre, la regulación legal y reglamentaria sobre la misma es significativa como se verá.

Al redistribuirse las funciones de los distribuidores y comercializadores, de acuerdo con las modificaciones introducidas a la LSH por la Ley 12/2007, se eliminan algunas obligaciones y se enfatiza en las relativas a las existencias mínimas de seguridad. En los epígrafes siguientes se delimita la actividad y se estudia su estatuto jurídico, tanto en el mercado en régimen de libre competencia como en su nueva función de suministrador de último recurso.

⁵⁷⁶ A fecha 15 de octubre de 2007, dos meses después de que ha entrado en vigencia el RD 1068/2007, aún no se observa el cumplimiento de esta obligación por parte de las empresas distribuidoras.

a. Definición de la actividad de comercialización. Una actividad libre en régimen de libre competencia.

Si bien la LSH no contiene una definición de esta actividad, el artículo 13 del RLSH la delimita de la siguiente manera: «la actividad de comercialización será desarrollada por las empresas comercializadoras debidamente autorizadas que, accediendo a las instalaciones de transporte y/o distribución, tienen como función la venta del gas natural a los consumidores que tengan la condición de cualificados y a otros comercializadores»⁵⁷⁷. Como puede observarse, ya no se relaciona en nada con el suministro, que ni siquiera se menciona. Esta acepción es más acorde con el contexto de un mercado en régimen de libre competencia. Sin embargo, hay que decir que en la reforma realizada por la Ley 12/2007 podría haberse dado rango legal a esta norma contenida en el reglamento, eliminando la referencia a la condición de los consumidores de “cualificados” y actualizando y completando el régimen, pero se ha dejado pasar la oportunidad.

El artículo 79 de la LSH, en su punto 1 en la redacción dada por la el artículo único.26 de la Ley 12/2007, establece los aspectos mínimos relacionados con esta actividad que deben reglamentarse, y que antes se atribuían al denominado suministro: «a) las modalidades y condiciones de su suministro a los consumidores, así como los procedimientos de denegación, suspensión o privación del mismo. b) El procedimiento de medición del consumo mediante la instalación de aparatos de medida y de verificación de éstos. c) El procedimiento y condiciones de facturación y cobro de los suministros y servicios efectuados. d) Las medidas de protección del consumidor que deben recogerse en las condiciones contractuales para el suministro de aquellos consumidores que por su volumen de consumo y condiciones de suministro requieran un tratamiento contractual específico». La Ley 12/2007 ha agregado, dos incisos: «e)

⁵⁷⁷ El comercializador es un sujeto que en la DG, puede identificarse con el “cliente mayorista” definido como: «toda persona física o jurídica que compre y venda gas natural y que no realice funciones de conducción o distribución dentro o fuera de la red a la que esté conectado», la Directiva 2003/55/CE, sin embargo, se refiere a éste como «la persona (...) que compra el gas con el propósito de volver a venderlo dentro o fuera de la red a la que esté conectado».

Procedimientos de cambio de comercializador» y «f) Procedimiento de resolución de las reclamaciones»

La reforma introducida al artículo 79 añade también un punto 2 que establece una previsión de desarrollo reglamentario para concretar la posibilidad de acudir al denominado «Sistema Arbitral de Consumo» para la resolución de reclamaciones. Ello sin perjuicio de las competencias de las CCAA y del establecimiento, por los comercializadores, de sistemas propios de tramitación de reclamaciones que se ajusten a lo dispuesto en la Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo.

Esta actividad, sujeta especialmente a las autoridades de la competencia, es llevada a cabo por el comercializador que es definido por la LSH en los términos que se estudian a continuación.

b. El comercializador

El artículo 58 d) de la LSH define a los comercializadores como «las sociedades mercantiles que accediendo a instalaciones de terceros, en los términos establecidos (...) adquieren el gas natural para su venta a los consumidores, a otros comercializadores o para realizar tránsitos internacionales». Para realizar dicha actividad deben contar con la autorización administrativa previa, en los términos y condiciones que se analizaron en el capítulo tercero de este estudio.

En el nuevo modelo introducido por la Ley 12/2007, algunos comercializadores, según se verá, se convierten en suministradores de último recurso pasando, de alguna manera, a sustituir a los distribuidores en su función de suministro a tarifa, de conformidad con el régimen específico que se detalla más adelante. De manera que, a su estatuto jurídico original se añade el relativo a sus funciones en el nuevo mercado denominado: «a tarifa de último recurso».

c. Estatuto jurídico de los comercializadores en el mercado en régimen de libre competencia- y de los consumidores directos en mercado.

En primer término, hay que resaltar que los Consumidores Directos en mercado tendrán las mismas obligaciones y derechos establecidos para el comercializador en todo aquello que les sea de aplicación (art. 81.3 LSH).

Por otro lado, al igual que para los demás sujetos del sistema, el comercializador tiene la obligación de mantener el cumplimiento de las condiciones de capacidad legal, técnica y económica por la que le fue otorgada la autorización y de estar inscrito en el Registro de Comercializadores y Consumidores Directos en Mercado⁵⁷⁸ (art. 80 y 81.2 a) LSH).

En el desarrollo de su actividad tienen derecho a adquirir el GN para su incorporación al sistema en las condiciones establecidas y venderlo a los comercializadores autorizados y a los consumidores en condiciones libremente pactadas. Consecuentemente, tienen derecho a acceder a las instalaciones de terceros, -en las condiciones que se estudian en el capítulo siguiente- suscribiendo los contratos de acceso necesarios para cumplir los compromisos contractuales con sus clientes, para lo cual deben actuar de manera coordinada con el gestor del sistema, los transportistas y los distribuidores (art. 81.1 a),

⁵⁷⁸ De conformidad con lo establecido en la DA 30ª añadida a la LSH por el artículo único. 55 de la Ley 12/2007 a este Registro quedan incorporados desde el momento de su creación todos los asientos registrales vigentes en el «Registro de Distribuidores, Comercializadores y Consumidores Cualificados de gases combustibles por canalización». En 2007, de acuerdo con el listado recogido en la página web del MITC están autorizadas 26 empresas comercializadoras. De ellas 25 han obtenido autorización para actuar en todo el ámbito nacional: Gas Natural Comercializadora, S. A., Naturgas Comercializadora S. A., Iberdrola Gas, S. A., (Sociedad Unipersonal); Hidrocarburos Energía, S. A. (Sociedad Unipersonal); BP Gas España, S.A., Comercializadora Ibérica de Gas, S. A., Comercializadora Ibérica de Gas, S. A.; Endesa Energía S. A. (Sociedad Unipersonal); SHELL España, S. A., CEPSA Gas Comercializadora, S. A.; Unión Fenosa Gas Comercializadora, Comercializadora de Energía Natural, S. A.; Louis Dreyfus Electricidad y Gas, S. L.; Sempra Energy Europe España, S.A.; CARBOEX, S. A. (Sociedad Unipersonal); Edison gas España, S. A.; Gaz de France Comercializadora, S. A.; Totalfina Elf Gas & Power, S. A.; RWE Trading GMBH, Sucursal en España; Enron Directo, S. L.; El Paso Merchant Energy Spain, S.L.; TXU Europe Energy Trading B. V., sucursal en España; Comercializadora Sideribérica de Gas A. I. E.; Unión Fenosa Multiservicios, S.L., Ilerda Wind, S. L.; Cinergy Global Power Iberia, S. A., Ingeniería y Comercializadora del Gas, S. A., (INCOGAS); DYGENY España S. L.; ENI España Comercializadora de Gas, S. A. Este Registro de Comercializadoras de Gas del MITC: se encuentra en la siguiente dirección electrónica: <http://www.MITC.es>. De acuerdo con el «Informe de actividades de los sectores de la energía» elaborado por la CNE, durante el año 2000, apenas cuatro empresas habían ejercido, realmente, la actividad de comercialización utilizando su derecho de acceso al sistema gasista.

b) y c), 81.2 c) y d) LSH; y art. 19.2. a), b), c) RLSH)⁵⁷⁹. Por otra parte, deben abonar en los plazos establecidos los peajes y cánones de acceso a las instalaciones gasistas, así como prestar las garantías que se determinen por los peajes y cánones de acceso contratados (art. 81.2 e) y f)).

En el nuevo modelo planteado por la Ley 12/2007 los comercializadores adquieren mayor responsabilidad en cuanto a la seguridad del suministro de GN a sus clientes. En este sentido, tienen la obligación de suscribir los contratos de regasificación de GNL, de transporte y de suministro que sean necesarios (81.2 h) LSH). Además, deberán cumplir con la obligación de mantener existencias mínimas de seguridad y de diversificación de los suministros en los términos que se estudiarán más adelante (art. 81.2 b) y art. 19.3.c) y h) RLSH).

En relación con su actividad dentro del sector gasista, los comercializadores están obligados a remitir al MITC periódicamente la información que les sea solicitada. Más específicamente, deben presentar, entre otra, los datos relativos a las cantidades vendidas y los precios de venta aplicados en la forma y plazo que se establezcan. De igual forma, tienen esta obligación en relación con las CCAA respecto de su ámbito territorial cuando ésta les sea reclamada. Con respecto a la Oficina de Cambio de suministrador, tienen la obligación de facilitar la información que reglamentariamente se determine, por tanto, a obtener de ésta la información relativa a los cambios de suministrador, así como sus datos (art. 81.2 i) y k) LSH).

Con el objeto de dar cumplimiento a la información requerida por la Directiva 90/377/CEE, sobre la transparencia de precios aplicables a los consumidores industriales de gas y electricidad, las empresas comercializadoras deben remitir a la DGPEM, a las CCAA en el ámbito de sus competencias, y a la CNE, la información sobre precios aplicados a los consumidores (art. 19.3. d) RLSH)⁵⁸⁰.

⁵⁷⁹ En relación con los derechos y obligaciones de los comercializadores, el RLSH ya regulaba en un capítulo aparte la comercialización y las reformas introducidas por la Ley 12/2007, vienen a dar rango legal a las disposiciones reglamentarias.

⁵⁸⁰ La Comisión a través de la Decisión 2007/394/CE, 7 de junio de 2007, ha modificado la Directiva 90/377/CEE del Consejo, con el objetivo de actualizar la metodología utilizada para recabar la

El comercializador, al igual que el distribuidor, en coordinación con los diversos agentes que actúan sobre la demanda, pueden desarrollar programas de actuación que promuevan una adecuada gestión de ésta con el propósito de mejorar el servicio prestado a los usuarios y la eficiencia y ahorro energéticos. Sin perjuicio de lo anterior, las Administraciones públicas tienen la potestad para adoptar medidas que incentiven la mejora del servicio prestado a los usuarios y la eficiencia y ahorro energéticos, directamente o a través de agentes económicos (art. 84 LSH). En este sentido, los comercializadores tienen la obligación de poner en práctica los programas de gestión de la demanda aprobados por la Administración, procurando el uso racional de la energía en el desarrollo de sus actividades (art. 81.2 l) y m) LSH).

Por otro lado, también están obligados a facilitar a sus clientes la información y asesoramiento que soliciten en relación con el suministro de GN (art. 81.2 j) LSH y 19.3.g) RLSH).

En relación con los equipos de medida, los comercializadores tienen derecho a exigir a los usuarios que reúnan las condiciones técnicas y de construcción determinadas reglamentariamente, así como el buen uso de los mismos. También están facultados para solicitar la verificación de su funcionamiento, realizar inspecciones periódicas de las instalaciones receptoras, así como para facturar y cobrar el suministro realizado (art. 81.1 e), f) y g) LSH; y, art. 19.2.d), e), f) y g), 33.2, y 3. RLSH).

En cuanto se refiere a las pruebas previas al suministro, pueden efectuarlas por sí mismos o a través del distribuidor. El comercializador puede encomendar esta labor al respectivo distribuidor con quien contrate el servicio. Con esta previsión se permite a los comercializadores especializarse más en la propia actividad de venta sin necesidad de realizar este otro tipo de actividad, con lo que ello implica, en relación con la contratación de personal técnico y del equipo necesario (art. 19.3. e), f), i) RLSH).

Por otra parte, pueden suscribir con sus clientes cláusulas de interrumpibilidad en las condiciones determinadas reglamentariamente (art. 81.1 h) LSH).

información relativa a los precios, de manera que refleje la realidad de los mercados competidores de la electricidad y gas (DO L, núm. 148, de 9 de junio de 2007).

Finalmente, los comercializadores deben disponer y mantener actualizadas, con independencia de otras pólizas que requieran, una póliza de seguro de responsabilidad civil por una cuantía suficiente que permita cubrir los riesgos, para personas y bienes, que puedan derivarse de las actividades que ejercen (art. 10.3.u), art. 19. 3. k), y 35 RLSH).

d. Estatuto jurídico de los comercializadores como suministradores del último recurso –mercado liberalizado–

Hasta la última reforma introducida a la LSH, las obligaciones y derechos de los comercializadores estaban claramente enmarcadas en el contexto del mercado liberalizado, por tanto, estaban referidas básicamente a aspectos relacionados con el acceso a las redes y atención de los consumidores, como se ha podido observar en el epígrafe anterior. Sin embargo, a partir del 1 de enero de 2008, de acuerdo con la nueva redacción dada al artículo 82 LSH por el artículo único.29 de la Ley 12/2007, los comercializadores tendrán también una nueva función en el mercado regulado al asignárseles el papel de: suministradores de último recurso⁵⁸¹. No todos los comercializadores lo son, sino solamente aquéllos que el Gobierno ha designado. Eso es lo que se desprende del texto de la Ley 12/2007, que no define los criterios para su elección y ni siquiera estipula su futura especificación a través de desarrollo reglamentario, lo cual es un vacío importante que deja la reforma.

El desarrollo reglamentario del artículo 82 se ha llevado a cabo rápidamente -cuestión que no ha sido la práctica común en este sector, como se ha venido observando-, mediante el RD 1068/2007, de 27 de julio, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector del GN (RD SUR) y, la Orden ITC/2309/2007 de 30 de julio por la que se establece el mecanismo de traspaso de clientes del mercado

⁵⁸¹ La creación del comercializador de último recurso había sido propuesta por la CNE en su Informe 35/2004, sobre los obstáculos existentes para el acceso de los consumidores cualificados a los mercados liberalizados de electricidad y gas natural, de 17 de junio de 2004, p. 79-80. Al identificarse como uno de los principales obstáculos para la introducción de competencia en la actividad de suministro, en sentido estricto, la integración vertical entre las actividades de distribución y comercialización, y por tanto, el no poder garantizar la independencia entre estas personas jurídicas, la CNE propone prohibir al distribuidor la realización de dicha actividad. Como ejemplo, se señala la práctica de transferencia de información entre los distribuidores y comercializadores del mismo grupo, lo que provoca reducción de establecimiento de nuevos comercializadores independientes.

a tarifa al suministro de último recurso. El artículo 1.1, del referido RD SUR, simplemente dispone: «1. Las empresas comercializadoras que asumirán la obligación de suministro de último recurso en el territorio peninsular y Baleares desde el momento de su integración en el sistema gasista serán: Endesa Energía, S.A., Gas Natural Servicios, S.A., Iberdrola, S.A., Naturgas Energía Comercializadora, S.A.U., Unión FENOSA Comercial, S. L. 2. La empresa comercializadora que asumirá la obligación de suministro de último recurso en las Islas Canarias, desde el momento de la entrada del gas natural, será Endesa Energía, S.A.» y en su punto 3 dispone, que esta designación debe ser revisada antes de que transcurran 4 años desde su aprobación. Por su parte la exposición de motivos del RD SUR, señala que para la designación de los comercializadores se ha considerado cuáles cuentan con «los medios técnicos suficientes para garantizar el suministro y la atención al cliente de baja presión». Justificación que en todo caso no parece suficiente, pese a que se busque el menor perjuicio para el consumidor.

Estos comercializadores además de los derechos y obligaciones relacionados antes -para el mercado en régimen de libre competencia-, deberán atender las solicitudes de suministro de GN de aquéllos consumidores que cumplen determinadas características establecidas en la DT quinta de la Ley 12/2007, «a un precio máximo establecido por el Ministerio de Industria Turismo y Comercio, previo Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, que tendrá la consideración de tarifa de último recurso» (art. 82 LSH). En general, se trata de consumidores conectados a gasoductos cuya presión es menor o igual a 4 bar y con determinados niveles de consumo -que va disminuyendo de forma continua, anualmente, durante los próximos años y hasta el año 2010-, en el que sólo podrán continuar con esa tarifa aquellos consumidores con un consumo menor a 1 GWh. A menos que el Gobierno modifique los límites establecidos para lo cual está expresamente autorizado.

Además, el suministrador de último recurso que pertenezca al grupo empresarial propietario de la red en una zona de distribución, está obligado a atender el suministro de aquellos consumidores que, aún sin tener derecho a acogerse a esta tarifa, carezcan de un contrato de suministro en vigor con un comercializador y continúen consumiendo gas. Es decir, todos aquellos que sean suministrados por distribuidores. Esta obligación es transitoria. Se extiende durante un mes desde la finalización del contrato del cliente,

transcurrido el cual podría suspenderse el suministro en las condiciones que se estudian posteriormente. Durante este periodo deberán pagar un precio que será fijado por Orden Ministerial, previo acuerdo de la CDGAE (art. 3 RD SUR).

De acuerdo con la DA única del RD SUR, la CNE debe publicar y mantener actualizado en su página web, el listado de empresas comercializadoras que prestan este servicio⁵⁸².

Como una medida de fomento a la competencia, desde el 29 de julio, fecha en que entró en vigor el RD SUR, si un consumidor con derecho a acogerse a la tarifa de último recurso opta por cambiar de suministrador, ni el suministrador original, ni ninguna otra empresa comercializadora del mismo grupo empresarial podrán realizar contraofertas a ese consumidor hasta que transcurra un año, siempre que el suministrador original fuera un comercializador de último recurso. Con este nuevo régimen se inicia una nueva etapa en el proceso de liberalización.

Los comercializadores que realicen esta función deben llevar en su contabilidad cuentas separadas, diferenciando los ingresos y los gastos estrictamente imputables al suministro de último recurso (art. 3.3 RD SUR), según el régimen de separación de actividades que se en detalle estudia a continuación.

IV. La separación de actividades. Obligaciones de los sujetos que actúan en el sector

Dada la relevancia del cumplimiento de las obligaciones relativas a la separación de actividades, pese a que ya se ha hecho referencia a éstas al estudiar las obligaciones de cada sujeto en los epígrafes anteriores, debe retomarse el tema para hacer énfasis sobre determinados aspectos por su relevancia para el buen funcionamiento del mercado y por tanto, para la realización del mercado interior.

Las mismas están referidas específicamente aspectos fundamentales para la consecución de la libre competencia y la consecución efectiva de los principios de independencia y

⁵⁸² Con fecha 6 de noviembre de 2007 se publicó en la página web de la CNE el listado de comercializadores de GN que llevan a cabo el suministro de último recurso.

no discriminación aplicables al acceso de terceros a las redes: la separación de actividades jurídica, funcional y contable.

Al respecto hay que recordar que la DG en su artículo 9, relativo a la separación de redes de transporte y en su artículo 13, sobre la separación de gestores de redes de distribución, al establecer las condiciones sobre este tema dispone: «Estas normas no crearán ninguna obligación de separar la propiedad de los activos del sistema de transporte de la empresa integrada verticalmente» y lo mismo establece para el sistema de distribución. Las normas limitan la independencia que se les exige a los denominados gestores de la red de transporte y de distribución a tres aspectos: la personalidad jurídica, la organización y la toma de decisiones. No obstante lo cual, la Comisión Europea ya ha reconocido la insuficiencia de las actuales disposiciones para asegurar el buen funcionamiento del mercado: «Las normas sobre separación jurídica y funcional actualmente en vigor no han llevado a una separación efectiva de los gestores de las redes de transporte». Así lo expresa la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifica la Directiva 2003/55/CE sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, presentada por la Comisión⁵⁸³.

Para realizar el ajuste necesario en las sociedades, la LSH en su régimen transitorio concedió un plazo de un año a partir de su entrada en vigor para la separación contable. En el caso de la separación jurídica de las actividades se otorgó un plazo de dos años. Las sociedades que inician actividades de comercialización, sólo podían hacerlo mediante sociedades que tuvieran como objeto social en el sector gasista dicha actividad⁵⁸⁴.

⁵⁸³ En efecto, como ha sido puesto de manifiesto por DÍAZ LEMA, J. M.: «Las Directivas (...) no se enfrentan al problema central de la propiedad, y en su lugar pretenden sortearlo aplicando unos criterios menos intensos, temporizadores y prácticamente ineficaces, que se condensan en las referidas separación contable primero y separación jurídica después. La experiencia, sin embargo, demuestra que ni la separación contable prevista en las primeras Directivas ni la separación jurídica que se añade (...) están en condiciones de asegurar efectivamente un régimen objetivo y neutral de funcionamiento del sector energético.», «Condiciones para la creación de un mercado energético europeo» en, *REDETI*, núm. 26, 2006, pp. 228-229. En esta propuesta se opta por la separación de propiedad, aunque ofrece una alternativa para los Estados que no deseen seguir esa opción. (COM 2007) 529 final, Bruselas 19 de septiembre de 2007.

⁵⁸⁴ La DT séptima fija estos plazos y además regula lo relativo a las aportaciones de activos afectos a la actividad gasista que se efectúen en cumplimiento de la exigencia de separación prevista, así como los

Este régimen, al igual que el resto de la normativa ha sido objeto de modificaciones, en este caso, con el objetivo de establecer cada vez más reglas relativas a las condiciones de separación tanto jurídica, como contable.

1. Las obligaciones de los sujetos del sistema en relación con la separación jurídica de las actividades. DT primera Ley 12/2007

El artículo 63 de la LSH establece las reglas en relación con la separación de actividades de las sociedades mercantiles que actúan en el sector. Este artículo se ha modificado en dos ocasiones a lo largo de la vigencia de la LSH con el propósito de incidir más en los límites para el ejercicio de más de una actividad, dando cumplimiento a la DG.

Inicialmente, la LSH se limitó a establecer la incompatibilidad en la realización de las actividades llamadas reguladas y la comercialización. Pero establecía la posibilidad de que un grupo de sociedades realizara actividades incompatibles siempre que fueran ejercidas por sociedades diferentes. A ese efecto, disponía que el objeto social de una entidad podía comprender tales actividades, siempre que se previera que una sola actividad se ejerciera de forma directa y las demás mediante la titularidad de acciones o participaciones en otras sociedades. El resto de la regulación contenida en dicho artículo se refería más bien a la separación contable. Esta endeble regulación inicial establecida por la LSH fue criticada por la doctrina que no la consideraba suficiente para el logro de los objetivos propuestos⁵⁸⁵. En efecto, la versión original de este artículo 63 hacía

aranceles de los Notarios, Registradores Mercantiles y de la Propiedad que realicen los correspondientes actos para la adaptación a la citada exigencia.

⁵⁸⁵ DEL GUAYO, I., «The provisions on unbundling in the Hydrocarbons Act are very soft. It is not a legal unbundling, but rather an unbundling of the accounts. This means that several companies within the same group or holding of companies can carry out several activities. Therefore, the position of the holding Gas Natural/Enagas will not be affected by those provisions, so that it will be extremely difficult for new distributors to enter the market, and they hypothetical quota of the market for new commercializers will be very low, since the big stake of the gas business will remain in the hands of the holding», *Energy Law in Europe*, Oxford University Press, 2001, p. 864-865. A ello podría contestarse diciendo que constituían un primer paso hacia la segregación del accionariado, pues, como ha señalado BORJA LÓPEZ, JURADO, F., «Si la situación de partida es la integración, el sentido común aconseja – antes de forzar mediante la regulación medidas de segregación jurídica que tendrán efectos difícilmente previsibles y, en algunos casos, irreversibles- probar otro tipo de soluciones menos radicales que pueden llevar al mismo fin. Entre ellas la más usual es la separación entre las distintas actividades de modo que no se falseen los costes ni se generen subvenciones cruzadas. En cualquier caso la desintegración vertical

referencia a cuestiones relativas más bien a la separación contable, reiterando lo establecido en el artículo 62 del mismo texto normativo.

Así se mantuvo hasta la reforma introducida el RD-Ley 6/2000, que básicamente añadió un nuevo inciso 63.3 que intentaba profundizar en la separación de las actividades -así lo ha interpretado la doctrina⁵⁸⁶-. Sin embargo, ésta tampoco se consideró suficiente pues en cuanto a la separación jurídica de actividades lo único que añadió fue: «Los transportistas que operen alguna instalación comprendida en la red básica de gas natural, definida en el punto 2 del artículo 59 deberán tener como único objeto social en el sector gasista la actividad de transporte definida en el apartado a) del artículo 58, pudiendo incluir entre sus activos gasoductos de la red secundaria de transporte, debiendo llevar en su contabilidad interna cuentas separadas de las actividades de regasificación, almacenamiento y transporte». La separación contable de las actividades ya estaba establecida. La novedad, entonces, era la separación jurídica entre las actividades de transporte y distribución, creando una incompatibilidad entre estas dos actividades reguladas, aunque no establecía claramente, por otro lado, que el distribuidor no pudiera llevar a cabo actividades de transporte⁵⁸⁷.

de empresas ahora integradas es complicada y costosa.» en «Presupuestos de la regulación...», op. cit., p. 822.

⁵⁸⁶ En este sentido, GONZÁLEZ VARAS IBÁÑEZ, S., apunta: «El reciente Real Decreto-Ley 6/2000 ha profundizado en esta línea incluyendo un apartado tercero en el artículo 63 de la Ley de Hidrocarburos, a cuyo tenor las sociedades titulares de alguna instalación comprendida en la red básica del gas natural deberán tener como único objeto social en el sector gasista la actividad de transporte, pudiendo incluir entre sus activos gasoductos de la red secundaria de transporte» *Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes*, Ed. COMARES, Granada, 2001, p. 376. Por su parte, ARIÑO ORTIZ, G., sólo refiere «Las actividades de regasificación, almacenamiento y transporte deberán ser prestadas por una empresa que exclusivamente se dedique a ello, y se exigirá segregación contable de cada una de dichas actividades (modifica el art. 63.3 de la Ley 34/1998).» *Principios de...*, op. cit., p. 718.

⁵⁸⁷ A raíz de esta regulación, el profesor ARIÑO ORTIZ, G., señalaba en su momento: «La separación entre la comercialización, por un lado, y las cuatro actividades reguladas, por otro, es una separación jurídica, pues el artículo 63.3 exige que si un grupo de sociedades desarrolla actividades incompatibles, ha de hacerse por sociedades distintas. Todo lo demás es una separación contable. No se desprende claramente tampoco que exista una prohibición contraria al ejercicio de actividades de distribución por parte de un transportista, ni *vice versa*. Se trata, en todo caso, de una separación contable, no jurídica, tal como se deduce del artículo 63.4 que prevé justamente esa posibilidad. Por otro lado, existe la posibilidad de que a través de un grupo de sociedades puedan desarrollar actividades incompatibles (art. 63.3). Ante todo ello, debemos preguntarnos: ¿hay verdadera separación de actividades, en sentido europeo – *unbundling*– de la expresión? Concretamente, ¿es conveniente que un transportista pueda ser

Finalmente, la reforma realizada al artículo 63 por el artículo único.13 de la Ley 12/2007, suprime de este artículo algunas referencias relativas a la separación contable –dejándolas para el artículo 62, que se ocupa justamente de este tema- y regula de manera más detallada, los términos y criterios que se consideran oportunos para la separación jurídica imponiendo incluso un código de conducta, que se estudia más adelante, a efecto de compeler el cumplimiento de las restricciones establecidas ya que, como se verá, no son de fácil control. De acuerdo con esta reforma los sujetos tienen las siguientes obligaciones de separación de actividades.

En primer término, la inicial restricción impuesta por la LSH con respecto a la separación jurídica entre las actividades reguladas y la comercialización se ha mantenido con dos variaciones: se ha incluido el calificativo de básico a la actividad de almacenamiento; y en segundo lugar, se ha añadido como actividad libre la producción: «las sociedades mercantiles que desarrollen alguna o algunas de las actividades reguladas de regasificación, almacenamiento básico, transporte y distribución a que se refiere el artículo 60.1⁵⁸⁸ de la presente Ley deben tener como objeto social exclusivo el desarrollo de las mismas sin que puedan, por tanto, realizar actividades de producción o comercialización ni tomar participaciones en empresas que realicen estas actividades».

Por su parte, en el ámbito de las actividades reguladas, el transportista, en relación con las actividades que lleva a cabo en cualquiera de las instalaciones comprendidas en la red básica de GN, debe tener «como único objeto social en el sector gasista la actividad de transporte definida en el apartado a) del artículo 58, pudiendo incluir entre sus activos gasoductos de la red secundaria de transporte»⁵⁸⁹. No obstante, deben cumplir

distribuidor?» en «La nueva regulación de las instalaciones en la Ley de Hidrocarburos y en la Directiva Europea del gas», *Privatización y liberalización de servicios*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 1999, p. 219.

⁵⁸⁸ El artículo 60.1 en su redacción dada por el art. Único.10 de la Ley 12/2007, dice textualmente: «La regasificación, el almacenamiento básico, el transporte y la distribución tienen carácter de actividades reguladas cuyo régimen económico y de funcionamiento se ajustará a lo previsto en la presente Ley». De esta norma surge una nueva duda, qué sucede con los almacenamientos que no tienen la consideración de básicos.

⁵⁸⁹ Nuevamente hay que insistir en que la referencia al artículo 58 a) es errónea, pues éste define a los transportistas, es decir, a los sujetos no a la actividad. La Ley 12/2007 no ha corregido esta situación.

con la condición de llevar en su contabilidad interna cuentas separadas de las actividades de regasificación, almacenamiento y transporte (art. 63.2 LSH).

Asimismo, el punto 3. del referido artículo 63 establece que un grupo de sociedades puede desarrollar actividades incompatibles, siempre que sean ejercitadas por sociedades diferentes, y se cumplan ciertos criterios de independencia. Como se señaló antes y de acuerdo con el mismo precepto legal, debe entenderse que son «actividades incompatibles» las que tienen carácter de reguladas frente a la producción y comercialización, que se realizan en régimen de libre competencia. En relación con los referidos criterios de independencia dispone: «Las personas responsables de la gestión de sociedades que realicen actividades reguladas no podrán participar en estructuras organizativas del grupo empresarial que sean responsables, directa o indirectamente de la gestión cotidiana de actividades de producción o comercialización». En segundo lugar, los grupos de sociedades deben garantizar la independencia de las personas responsables de la gestión de sociedades que realicen actividades reguladas mediante la protección de sus intereses profesionales. En particular, establece que deben fijarse garantías en lo que concierne a su retribución y cese. Adicionalmente, elimina la posibilidad de poseer acciones en sociedades que realicen la actividad de producción o comercialización, por parte de sociedades que realicen actividades reguladas y personas responsables de su gestión. Por otra parte, las sociedades que realicen actividades reguladas, así como sus trabajadores, no podrán compartir información comercialmente sensible con las empresas del grupo de sociedades al que pertenecen en el caso de que éstas realicen actividades liberalizadas (art. 63.3.b) LSH).

En tercer lugar, establece que las sociedades que realicen actividades reguladas deben tener «capacidad de decisión efectiva, independientemente del grupo de sociedades, con respecto a activos necesarios para explotar, mantener o desarrollar las instalaciones de regasificación de GNL, y de transporte, almacenamiento, y distribución de gas natural». No obstante lo cual, el grupo de sociedades tendrá derecho a la supervisión económica y de la gestión de las referidas sociedades, y puede someter a aprobación el plan financiero anual, o instrumento equivalente, así como establecer los límites globales a su nivel de endeudamiento. Pero «en ningún caso podrá el grupo empresarial dar instrucciones a las sociedades que realicen actividades reguladas respecto de la gestión cotidiana, ni respecto de decisiones particulares referentes a la construcción o mejora de

activos de regasificación de gas natural licuado, y de transporte, almacenamiento, y distribución de gas natural, siempre que no se sobrepase lo establecido en el plan financiero anual o instrumento equivalente».

Finalmente, señala que aquellas sociedades mercantiles que desarrollen las llamadas actividades reguladas, podrán tomar participaciones en sociedades que lleven a cabo actividades económicas distintas de las del sector del GN, previa obtención de una autorización que debe ser concedida por la CNE⁵⁹⁰ (art. 63.4 LSH).

Por su parte, el RLSH ha incluido entre los requisitos legales de las empresas solicitantes de autorizaciones de instalación los relativos a este aspecto. En relación con la actividad de transporte, el artículo 5.2, dispone: «aquellas empresas titulares de instalaciones de la red básica, deberán tener como único objeto social en el sector gasista la actividad de transporte definida en el párrafo a) del artículo 58, pudiendo incluir entre sus activos gasoductos de la red secundaria de transporte»; y, con respecto a las instalaciones de distribución: «dichas sociedades no podrán desarrollar directamente actividades de comercialización de gas natural, ni ser titulares de instalaciones de la red básica de gas natural», lo cual no excluye la posibilidad de que sean titulares de gasoductos de la red de transporte secundario (9.2 RLSH).

La regulación introducida por la Ley 12/2007 intenta ser más minuciosa en cuanto a los ámbitos sobre los cuáles se puede o no influir, dar instrucciones o compartir información. No obstante lo anterior, aún no existe el convencimiento sobre que estas medidas sean suficientes para lograr la efectiva separación ni sobre la efectividad de las medidas propuestas.

⁵⁹⁰ Los supuestos y procedimiento de obtención de la autorización están contenidos en la DA Undécima, Tercero 1. Decimocuarta, la cual asigna a la CNE la función de autorizar las participaciones realizadas por sociedades con actividades que tienen la consideración de reguladas en ciertos supuestos y establece el procedimiento para su solicitud. El RD-Ley 4/2006, de 24 de febrero, por el que se modifican las funciones de la CNE, amplió el ámbito de actuación de la CNE en esta materia.

2. Obligaciones relacionadas con la llevanza de la contabilidad y entrega de información.

Consecuentemente con las obligaciones de separación de actividades, y conforme con lo referido inicialmente, entre los mecanismos utilizados para introducir competencia se identifican algunas obligaciones en relación con la entrega de información y la llevanza de la contabilidad⁵⁹¹. De forma que todos los sujetos que intervienen en el sistema gasista⁵⁹² -transportistas, distribuidores, comercializadores- deberán cumplir obligaciones al respecto.

Los transportistas deben llevar cuentas separadas de sus actividades de regasificación, almacenamiento, transporte y compraventa de gas; de esta última durante el tiempo que les corresponda seguir llevándola a cabo –es decir, en principio, hasta el 31 de diciembre de 2007-. El gestor técnico, debe llevar además, cuentas separadas de la gestión técnica del sistema y de las actividades relativas al suministro de último recurso (art. 62.2 LSH).

Por su parte, los distribuidores deben llevar cuentas separadas de las «actividades de distribución y de la de suministro a clientes a tarifa» (art. 10.3.p) RLSH), es decir, de sus actividades en el marco del régimen del mercado regulado y el mercado a tarifa.

Por otro lado, según ha añadido el artículo 30 bis del RLSH, las empresas distribuidoras que promuevan la construcción de instalaciones receptoras comunes deberán llevar en su contabilidad interna cuentas separadas de esta actividad.

A partir del 1 de enero de 2008, los comercializadores deben llevar cuentas separadas que recojan los gastos e ingresos estrictamente imputables a las actividades relacionadas con el suministro de último recurso y de la comercialización, así como de aquellas otras

⁵⁹¹ En este sentido, Laguna de Paz, J.C., «Nuevo marco...», op. cit, p. 1423.

⁵⁹² En este artículo -62- se repite la remisión errónea al artículo 58 de la LSH al decir: «Las entidades que desarrollen alguna o algunas de las actividades, a que se refiere el artículo 58 de la presente Ley...». El citado artículo como se ha señalado repetidamente se refiere a los sujetos que actúan en el sistema. Ésta, al igual que en el artículo -63 LSH- no han sido corregidas pese a las reformas introducidas a artículos por el artículo único.12 de la Ley 12/2007..

actividades no gasistas que realicen en el territorio español, y de todas aquellas otras que realicen en el exterior. La misma obligación tienen las sociedades que realicen la actividad de producción.

Asimismo, la LSH impone a los sujetos que actúan en el sistema la obligación de llevar su contabilidad de acuerdo con el capítulo VII de la Ley de Sociedades Anónimas⁵⁹³, aún cuando no tuvieran tal carácter, en cuyo caso el sujeto deberá ajustarse a las adaptaciones establecidas por el Gobierno específicamente para este supuesto. En cualquier caso, las empresas habrán de tener en su sede central, a disposición del público, una copia de sus cuentas anuales (art. 62.1 LSH).

Deben explicar en la memoria de las cuentas anuales los criterios aplicados en el reparto de costes respecto a las otras entidades del grupo que realicen actividades gasistas diferentes. En la memoria se debe incluir también los criterios de asignación e imputación de los activos, pasivos, gastos e ingresos, así como las reglas de amortización aplicadas. Estos criterios no se podrán modificar salvo circunstancias excepcionales siendo debidamente justificadas y explicadas en la memoria anual del correspondiente ejercicio (62.3 LSH).

Además, sin perjuicio de la aplicación de las normas generales de contabilidad, el Gobierno se reserva la posibilidad de establecer las especialidades contables y de publicación de cuentas que considere adecuadas, con el objetivo de que se reflejen con

⁵⁹³ El RD-Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, (BOE núm., 310, de 27 de diciembre); el mencionado Capítulo VII se refiere a las «Cuentas anuales», y comprende los artículos 171 a 222. Por su parte, el artículo 172 señala que éstas incluyen: el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria. Sobre ellos regula lo relativo a los plazos, la separación de las partidas, la estructura del balance, la memoria y su contenido, la verificación de las cuentas anuales y sus requisitos de publicidad. Sobre este tema, en opinión de SÁNCHEZ CALERO. F., «Existe, (...) un especial interés en una regulación más detallada de las cuentas anuales, razón por la que la Ley dedica a esta materia un Capítulo (171 a 222), inspirado en la cuarta Directiva 78/660/C.E.E. en materia de sociedades, que ha sufrido ligeras modificaciones por las directivas 90/604/C.E.E. y 90/605/C.E.E., de 8 de noviembre de 1990, cuya introducción en España ha implicado una nueva redacción de alguno de los mencionados artículos de la L.S.A». Instituciones de Derecho Mercantil, Tomo I, Vigésima Edición, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 417-435. La última modificación a esta Directiva está contenida en la Directiva 2001/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 283 de 27/10/2001), p. 28. Por lo tanto, las reglas en materia de cuentas anuales se ajustan a lo establecido en la Directiva del Gas, Capítulo V, relativo a la separación y transparencia de las cuentas, artículos 12 y 13. Así como, a la Directiva 2003/55/CE, que básicamente, mantiene las normas de separación contable establecidas en la DG.

nitidez los ingresos y gastos de las actividades gasistas realizadas por las empresas transportistas, distribuidoras y comercializadoras o incluso, sobre las que ejerzan control. Así como en relación con las transacciones realizadas entre sociedades de un mismo grupo, con objeto de evitar discriminaciones, subvenciones entre actividades distintas y distorsiones de la competencia.

Por otra parte, con especial relevancia para la transparencia del sistema, tienen el deber de proporcionar a la Administración «competente» la información que les sea requerida sobre sus actividades, inversiones, calidad del suministro, medido según los estándares que define la propia administración; mercados servidos y previstos con el máximo detalle, precios soportados y repercutidos. En especial, con los contratos suscritos de abastecimiento y suministro de gas y con sus estados financieros, los cuales deben estar verificados mediante auditorias externas a la propia empresa. Cuando se trate de entidades que forman parte de un grupo empresarial, esta obligación se extiende a la sociedad que ejerce el control sobre la que realiza actividades gasistas siempre que actúe en un sector energético, y aquellas otras sociedades del grupo que lleven a cabo operaciones con la que realiza actividades en el sistema gasista (art. 62.4 LSH).

Además, en su informe anual deben proporcionar información sobre las actividades realizadas en materia de ahorro y de eficiencia energética y de protección del medio ambiente. Así como, cualquier otra información que la Administración crea oportuna para el ejercicio de sus funciones (62.5. LSH).

En aplicación del artículo 38.4 RD ATRSEI, la Orden ITC/2348/2006, de 14 de julio (BOE de 21 de julio de 2006) establece las normas de presentación de la información contable de las empresas que desarrollan actividades en el sector gasista. Esta Orden, de acuerdo con su exposición de motivos, ya transponía lo dispuesto por la DG en esta materia.

3. El establecimiento de un Código de conducta

La última medida adoptada con el objetivo de hacer más transparente el sistema ha sido adoptada por la Ley 12/2007, que ha impuesto el establecimiento de un código de conducta para el caso de las sociedades que realizan actividades reguladas. Este código debe disponer las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de todas las

condiciones de separación jurídica y contable de las actividades. Las condiciones específicas a que deben sujetarse los empleados, con dicho propósito y su cumplimiento, deben ser supervisadas y evaluadas por la sociedad. A esos efectos, deben enviar anualmente al MITC y a la CNE, un informe indicando las medidas adoptadas para el cumplimiento de las obligaciones. Dicho informe debe ser publicado. Este código de conducta aún no ha sido desarrollado.

V. El régimen jurídico de los consumidores.

Algunos de los aspectos que se analizan en este epígrafe ya han sido estudiados desde la perspectiva de los sujetos encargados de proveer el combustible, es decir desde la perspectiva del distribuidor y el comercializador, y en algunos casos, incluso del transportista, aunque ésta no sea una función que se le haya atribuido expresamente. Se enfocan ahora desde la perspectiva del consumidor, en su papel como sujeto activo de la relación y, por lo tanto, poseedor de derechos y obligaciones.

1. Definición legal de consumidor

El artículo 58 e) la LSH, en su redacción dada por el artículo único.8 de la Ley 12/2007, incluye, por primera vez, a los consumidores entre los sujetos que actúan en el sistema. De conformidad con el citado artículo ya no hay distinción entre los consumidores, todos son «consumidores finales» que son los que adquieren GN para su propio consumo, y entre ellos se distinguen los «Consumidores Directos en Mercado» que son aquellos que acceden directamente a las instalaciones de terceros. Es necesario diferenciarlos pues según se trate de unos u otros tendrán un estatuto jurídico distinto. De entrada, como ya se mencionó antes, los CDM tienen los mismos derechos y obligaciones que los comercializadores en todo aquello que les sea de aplicación (art. 81.3 LSH)⁵⁹⁴.

⁵⁹⁴ A los efectos de la identificación de los consumidores, el RLSH establece que cada punto de suministro tendrá un número asignado por la empresa distribuidora a la que estén conectadas las instalaciones. Este número sólo se facilita al consumidor. Para tener la consideración de punto de suministro deberán reunirse ciertos requisitos: «a) que su titular sea una única persona física o jurídica, b) que los centros o unidades que constituyen la instalación estén unidos por líneas propias, c) que el gas se destine a su propio uso, d) que el suministro a las instalaciones se realice a la misma presión, d) que las acometidas que les alimentan pertenezcan a una misma distribuidora.» (art. 21 RLSH).

Por su parte, el artículo 20 RLSH, con arreglo a la regulación vigente en el momento de su promulgación, define a los consumidores de GN como «aquellos sujetos que adquieran gas natural para su propio consumo» y añade: «Los consumidores podrán adquirir gas: a) Del distribuidor al que estén conectadas sus instalaciones, en cuyo caso se regirán por lo dispuesto en el presente Real Decreto para el suministro a tarifas. b) A los comercializadores autorizados en condiciones libremente pactadas. c) Directamente, sin recurrir a un comercializador autorizado, accediendo a instalaciones de terceros». Obviamente, esta definición deberá ajustarse a las modificaciones introducidas por el SUR. El consumidor a tarifa establecido en el inciso a) está destinado a desaparecer o a ser sustituido por el consumidor de último recurso. Los establecidos en el inciso b) son los que perdurarán en condiciones de mercado liberalizado –consumidores finales-, y el inciso c), que es adaptable a la situación de los consumidores cualificados, que tienen derecho de ATR y que bien puede aplicarse a los hoy denominados CDM. Habrá que sustituir denominaciones «consumidor a tarifa» por «consumidor de último recurso» y «consumidor cualificado» por CDM.

En consecuencia, mientras transcurren los plazos transitorios establecidos por la Ley 12/2007 coexisten en el SG, por un lado, los consumidores en régimen de tarifa y los consumidores cualificados; y por otro, los de último recurso y los CDM.

2. Los consumidores. Evolución de la normativa que regula su definición y clasificación

La situación de los consumidores ha variado mucho desde la promulgación de la LSH. Aunque lo cierto es que, tal parece que éstos, -especialmente tratándose del consumo en el nivel doméstico- han percibido con más énfasis sus consecuencias negativas, según se deduce de la observación de la propia realidad y de las actuaciones ante los órganos de defensa de los consumidores, como se verá. Esta situación se puede atribuir al acelerado proceso impuesto para su traslado del tradicional mercado regulado al mercado liberalizado y a su vez, a la poca o nula información que se ha hecho de su conocimiento en relación con el proceso de cambio⁵⁹⁵. Ello se ha traducido en la

⁵⁹⁵ Vid. Informe de la CNE sobre los obstáculos existentes para el acceso de los consumidores cualificados a los mercados liberalizados de electricidad y gas natural, de 17 de junio de 2004.

imposibilidad de ejercer los nuevos derechos que les han sido concedidos ya que, con la regulación introducida por LSH, el consumidor pasa a ser un sujeto activo en la relación de suministro, e incluso en algunos casos, en el propio sector del GN.

Conviene volver atrás en el tiempo para examinar cómo se ha llegado a la situación actual e intentar aclarar cuál es la situación de los consumidores a partir de la reforma introducida por la Ley 12/2007.

El texto original de la LSH no incluía a los consumidores entre los sujetos del sistema, sino que establecía -en su primigenio art. 60.3- que «a los efectos de la adquisición del gas», los consumidores se clasificaban en consumidores cualificados y no cualificados. Estos últimos eran los consumidores tradicionales, y de conformidad con la DT 5ª del mismo texto normativo se consideraban consumidores cualificados aquellos que según un calendario establecido al efecto tuvieran un consumo igual o superior a determinado número de millones de Nm³ en un periodo de un año. A partir del 1 de enero de 2013, todos los consumidores, independientemente de su nivel de consumo, tendrían dicha calificación. Adicionalmente, otorgaba el derecho, por tres años, a los consumidores que hubieran accedido a la condición de «cualificado», de elegir entre continuar adquiriendo el gas a tarifa o hacerlo en el mercado liberalizado, es decir permanecer en la situación que tenían en ese momento.

Apenas un año después, y con un desarrollo muy escaso de la regulación y del sistema, el RD-Ley 6/1999 modificó la citada DA adelantando la fecha para ser considerado consumidor cualificado a 2008 y mantuvo el resto de condiciones. Seguidamente, el RD-Ley 6/2000 volvió a adelantar la fecha, esta vez a 2003, y además dispuso que tanto las centrales productoras de electricidad como los cogeneradores tendrían la calificación de «cualificados», en todos los casos. Por su parte, el artículo 93.2 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, sustituyó las condiciones específicas que se venían regulando en el propio artículo, y remitió a: «las condiciones que reglamentariamente se establezcan» y mantuvo el plazo de 3 años establecido para cambiar de un mercado a otro. Asimismo, la DD única d) del RD-Ley 5/2005 derogó esta DT quinta y a su vez adicionó a la LSH una DA 24ª con el siguiente contenido: «1. Todos los consumidores de gas natural, independientemente de su nivel de consumo, tendrán la consideración de cualificados, a los efectos previstos en esta Ley. 2. Reglamentariamente, se establecerán los casos y las

condiciones en los que los consumidores que hayan ejercido el derecho a suministrarse de un comercializador autorizado pueden optar por seguir adquiriendo el gas en el mercado liberalizado o adquirirlo al distribuidor a tarifas». Es decir, adecuó el precepto legal a lo establecido en su antecesor, puesto que el plazo para tener la consideración de consumidor cualificado ya estaba cumplido, pero a su vez, reconoció el desajuste que existía con la realidad al establecer un desarrollo reglamentario para una realidad distinta, en cuanto que posibilita la distinción entre unos y otros consumidores

Por otro lado, nótese que tanto la Ley 53/2002 como el RD-Ley 5/2005 hacen referencia a un desarrollo reglamentario al que deberán sujetarse los consumidores para ejercer sus derechos de cambio de uno u otro mercado y en el mercado elegido. No obstante, desde la fecha de publicación de la Ley 53/2002 hasta la Ley 12/2007, el único desarrollo reglamentario sobre ese tema es el contenido en el RLSH⁵⁹⁶ –arts. 43 a 48-, por tanto, ha de interpretarse que es éste el reglamento que se debe aplicar. En efecto, a través del RD 942/2005 se realizaron las modificaciones que se requerían para ajustar el RSLH a lo establecido al RD-Ley 5/2005. El citado reglamento -en vigor desde el 4 de agosto de 2005-, regula tres posibilidades: la primera, el cambio del consumidor del mercado regulado al liberalizado; en segundo lugar, el cambio de comercializador en el mercado liberalizado; y la tercera, el cambio de consumidor del mercado liberalizado al mercado regulado. Para cada una de ellas establece ciertos requisitos, condiciones y el procedimiento respectivo. La regulación en detalle se estudia luego, por ahora interesa resaltar la tercera posibilidad con respecto a la cual dispone: «Los consumidores cuyo consumo anual de gas natural sea igual o superior a 100 millones de kWh sólo podrán solicitar el cambio del mercado liberalizado al mercado regulado transcurrido un período mínimo de permanencia en el mercado liberalizado de tres años. La contabilización del período de tres años se iniciará con la entrada en vigor de este Real Decreto o en la fecha de cambio en el caso de que el paso al mercado liberalizado se realice con posterioridad a dicha entrada en vigor. La solicitud de cambio al mercado regulado se deberá realizar con una antelación mínima de seis meses a la fecha prevista

⁵⁹⁶ El RLSH se publicó en el BOE, núm. 313, de 31 de diciembre de 2002. Es decir un día después de la fecha de la Ley que ordenó el primer desarrollo reglamentario. Es difícil que uno sea consecuencia del otro.

de cambio de suministrador. El distribuidor contestará a la solicitud de cambio al mercado regulado en el plazo de un mes desde que la hubiese recibido, e indicará si la solicitud cumple las condiciones establecidas en el artículo 47.2 del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural, y, si se cumplieran dichas condiciones, procederá a efectuar el cambio al mercado regulado en la fecha solicitada. Lo dispuesto en los párrafos anteriores se aplicará igualmente a la tramitación por los distribuidores de toda solicitud de consumidores con consumo anual igual o superior a 100 millones de kWh, a los que no se hubiera iniciado el suministro efectivo en el mercado regulado, ni tampoco notificado una respuesta favorable a su solicitud en la fecha de entrada en vigor de este Real Decreto»⁵⁹⁷. Se interpreta que con esta normativa se pretende ir limitando los cambios de un mercado a otro. Adicionalmente, es a través de este RD que se atribuye al distribuidor la obligación de controlar dichos cambios.

⁵⁹⁷ Estos cambios en la legislación y especialmente la deslegalización de las condiciones establecidas inicialmente en la DA quinta de la LHS, provocó distintas reacciones que se concretaron en la interposición de recursos contencioso-administrativos que han sido, desestimados por el TS en las Sentencias de 6 de febrero de 2007, de 28 de marzo de 2007 y de 28 de septiembre de 2007. Las empresas recurrentes sostenían básicamente dos objeciones al RD 942/2005. Por un lado, que la deslegalización de la regulación del cambio de régimen de consumo del gas operado por éste es contraria a la Constitución, por lo que el Real Decreto impugnado carecería de habilitación para modificar dicha materia. En segundo lugar, consideraban que la DA primera del RD 942/2005 poseía efectos retroactivos vedados a la potestad reglamentaria. El TS en sus resoluciones se remite a la STC de 332/2005, de 15 de diciembre, que al resolver un caso similar expone: que: «Como se desprende de todos estos pronunciamientos, lo verdaderamente importante, desde el punto de vista constitucional, es que el Decreto-Ley produzca una innovación normativa efectiva, y no que el régimen jurídico introducido a través del mismo sea completo o definitivo. Pues bien aplicando esta doctrina al presente caso, resulta evidente que la remisión reglamentaria contenida en el art. 7.2 no puede considerarse deslegalizadora, sino habilitadora de una regulación reglamentaria. Además, por su contenido..., constituye un claro ejemplo de complemento normativo indispensable entre una norma con rango de Ley y un reglamento. Desde una perspectiva constitucional debe partirse, como hemos recogido en otras ocasiones, de que nuestro sistema de fuentes no contempla reservas de reglamentos, lo cual implica que a la Ley no le está vedada la regulación de materias atribuidas anteriormente al poder reglamentario. Aunque en la mayoría de los supuestos nos hemos referido a Leyes formales, esta doctrina también nos ha llevado en el pasado a aceptar la posibilidad de que los Decretos-Leyes eleven y congelen el rango normativo de materias que anteriormente estaban deslegalizadas» y la misma sentencia concluye, en lo que aquí interesa, diciendo: «[...] resulta evidente que la remisión reglamentaria contenida en el art. 7.2 no puede considerarse deslegalizadora, sino habilitadora de una regulación reglamentaria. Además, por su contenido (la determinación de los requisitos técnicos que necesariamente deben cumplir las instalaciones donde se desarrolla la ITV), constituye un claro ejemplo de complemento normativo indispensable entre una norma con rango de Ley y un reglamento...».

Finalmente, la DA 24ª añadida a la LSH por el RD-Ley 5/2005, ha sido derogada por el artículo único.50 de la Ley 12/2007. Por tanto, según una interpretación estricta tal sistema de traslado de derechos de un mercado a otro, también ha desaparecido. No obstante lo cual, cabe preguntarse qué sucede con los derechos de los sujetos que ya han adquirido este derecho según la regulación hasta ahora vigente ¿se extinguen con la DA 24ª o se debe terminar el computo del plazo en el que tenían derecho a ejercer el cambio que consideraran pertinente, aquellos que han cumplido con tal regulación? Especialmente considerando que de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 del RD SUR los consumidores con derecho a acogerse a la tarifa de último recurso serán considerados como consumidores en el mercado liberalizado, «no obstante les serán de aplicación los preceptos relativos al suministro a tarifa establecidos en el Título III del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre (...) en tanto no se adapte dicho real decreto a lo establecido en la Ley 12/2007 de 2 de julio». Y es precisamente, el Capítulo V del citado reglamento –el RLSH- el que contiene dicha normativa sobre «Control de puntos de suministro y cambio de suministrador». Por su parte, la Orden ITC/2309/2007 dispone «El mecanismo de traspaso de clientes se ejecutará manteniendo el sistema actualmente vigente de aprovisionamiento y suministro regulado por parte de los distribuidores hasta el 1 de julio de 2008 con el objeto de minimizar los riesgos para la gestión del sistema».

Atendiendo a razones de orden lógico habría que concluir que tales derechos no pueden ser aplicados más allá de la fecha en que uno de los mercados, entre los que se realizan los cambios, desaparece, pues el ejercicio del derecho sería imposible.

No obstante lo anterior, hasta el 1 de julio de 2008, fecha en que se entenderán automáticamente extinguidos los contratos de suministro a tarifa, y, hasta que no se consolide un único mercado final en régimen de libre competencia también coexisten diversos tipos de consumidores: por un lado, los cualificados y los consumidores a tarifa, y por otro, los consumidores finales –que en el caso de que accedan directamente a las instalaciones de terceros se denominan CDM y los consumidores de la tarifa de último recurso. En cualquiera de los casos, estando aún vigente dicha normativa establecida en el capítulo V del RLSH, se estudia su contenido en los siguientes apartados.

3. Régimen jurídico para el cambio de suministrador. Procedimiento para realizar el cambio de mercado.

En este epígrafe se estudia el régimen jurídico de los consumidores en su situación actual, en el entendido de que hasta tanto no se adecue el régimen al nuevo modelo, éste se continúa aplicando.

En el contexto de cambio a un mercado en régimen de competencia, el consumidor no ha sido precisamente el más beneficiado. Pues a pesar de que ha adquirido nuevos derechos no ha contado con la información completa y oportuna⁵⁹⁸, necesaria para poder ejercer sus “nuevos” derechos, por ejemplo, el relativo a la elección de suministrador de GN, teniendo en cuenta tanto la presión máxima de diseño de las redes a las que está conectado, como su consumo anual; y el segundo, relacionado con el acceso a las instalaciones de terceros -en los términos que se estudian posteriormente (art. 22.1 RLSH).

En el nuevo contexto, los consumidores pasan a tener un papel más activo en la relación, y al tener la posibilidad de elegir aprovisionador se ha hecho imperativo establecer un procedimiento sencillo⁵⁹⁹ que facilite el traslado de un mercado a otro o su retorno al mercado anterior, así como la identificación de sus derechos y obligaciones

⁵⁹⁸ En este sentido, DURBAN ROMERO, R., «Desde el punto de vista del consumidor, éste percibe que para el proceso y desde la regulación y la estructura institucional responsable (regulador y administraciones públicas) de la protección de los consumidores no se ha prestado la debida atención a los intereses de los consumidores, al margen de la reducción del precio realmente producida pero escasamente percibida por estos últimos» y enumera entre las causas que han afectado, de forma negativa, el proceso liberalizador la «confusión para los consumidores, la difícil apreciación de las diferencias y ventajas que presentan ambos mercado, regulado y liberalizado», «El proceso de liberalización en los sectores de la electricidad», en *Energía del Monopolio al mercado. Diez años en perspectiva*, Thomson-Civitas, CNE, Madrid, 2006, pp. 293-297 y 303.

⁵⁹⁹ Al respecto, ante la escasa respuesta de cambio de proveedor por parte de las pequeñas empresas y del hogar, que se ha evidenciado en la UE, la Comisión Europea ha señalado la necesidad de que los Estados miembros y los organismos reguladores nacionales garanticen «(...) unas normas adecuadas en materia de información y transparencia y la existencia de procedimientos sencillos para el cambio, para ofrecer la confianza a los consumidores», Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. *Informe sobre el progreso en la creación del mercado interior del gas y de la electricidad*. COM (2005), 568 final, de 15 de noviembre de 2005.

especialmente los relativos a la información para poder ejecutar sus actuaciones en verdaderas condiciones de libertad⁶⁰⁰.

El RLSH en sus artículos 44 a 47 establece las condiciones requeridas para seguir suministrándose en régimen de tarifa, pasar al mercado liberalizado, cambiar de comercializador en el mismo, o retornar al mercado a tarifa. La misma norma reglamentaria dispone, en general, que los consumidores cualificados podrán solicitar el cambio de suministrador, por sí mismos o a través de la empresa que vaya a suministrarles. A partir de 2003, todos poseen esa calificación de manera que todos los consumidores adquirieron este derecho.

Las solicitudes deben contener al menos, los datos especificados en su artículo 44.2 del RLSH⁶⁰¹. Tratándose de suministros a presión inferior o igual a 16 bar la solicitud se presenta a la empresa distribuidora, que se encarga de la validación respectiva, comprobando que los datos que se recogen en ella corresponden con los que figuran en la base de datos y que el nuevo suministrador está debidamente autorizado para ejercer la actividad⁶⁰². En los casos en que los suministros supongan un consumo anual unitario superior a 10 GWh debe también recoger la validación puntual de las solicitudes por parte de los transportistas propietarios de instalaciones de entrada al sistema de transporte y distribución (art. 44.3 LSH). Por su parte, los transportistas deben revisar

⁶⁰⁰ Como ha señalado la CNE «La apertura simultánea del mercado liberalizado para todos los pequeños consumidores (...) realizada en forma masiva en enero de 2003, ha añadido una cierta dificultad al proceso de liberalización, en la medida que se ha abordado éste con relevantes carencias en el capítulo de información y estrategias de los operadores en el mercado, y también en aspectos específicos de detalle de la propia regulación para posibilitar el tránsito del mercado regulado al liberalizado y, en esencia, el cambio de suministrador», DURBAN., R., GÓMEZ-ELVIRA, R., «El proceso de liberalización de los mercados de electricidad y gas natural, las opciones de suministro y los consumidores (1995-2005)», CNE, 27 de diciembre de 2005, pp. 8-9.

⁶⁰¹ Estos datos mínimos son: a) fecha de la solicitud o comunicación, b) identificación del consumidor, c) Identificación del punto de suministro, d) conformidad del cliente con el cambio de suministrador, e) empresa que está realizando el suministro, f) empresa que va a realizar el suministro, g) empresa responsable de medida, h) características y propiedad de los equipos de medida, i) condiciones de la nueva contratación, que permitan efectuar la facturación del consumo y/o peajes asociados, j) duración y tipo de contrato.

⁶⁰² Uno de los principales obstáculos que se ha presentado es el incumplimiento de los plazos de validación y tramitación de las solicitudes por parte de las empresas distribuidoras. Vid. Informe 35/2004, de 17 de junio de 2004, p. 97-98.

las solicitudes con consumos anuales inferiores a 10 GWh, de forma agrupada por comercializador y punto de entrada, para realizar las comprobaciones a las que les habilita la reglamentación relativa al ATR. El plazo máximo para las validaciones es de 6 días hábiles a partir de la recepción de la solicitud, comunicando al solicitante las posibles deficiencias dentro de dicho plazo. Para los suministros a presión superior a 16 bares las solicitudes de cambio de suministrador se validan y tramitan de acuerdo con lo dispuesto en el RD ATRSEI, que se estudia en el siguiente capítulo.

Sobre este tema, el artículo 1.5 del RD 942/2005 añadió un supuesto referido a los casos en que existan instalaciones receptoras comunes cuyo titular sea la empresa distribuidora y el consumidor se suministre a través de una empresa comercializadora. En este caso, es la empresa comercializadora la que debe abonar a la empresa distribuidora y facturar por cuenta del distribuidor al cliente los derechos de cobro y obligaciones de pago, respectivamente, que correspondan.

A. Cambio de consumidor del mercado regulado al mercado liberalizado

Cualquier consumidor cuyo suministro de GN se realice en régimen a tarifas puede solicitar, por sí mismo o a través de la comercializadora, el cambio de suministrador. A este efecto lo debe comunicar al distribuidor que tenga asignado el punto de suministro respectivo.

El RLSH distingue, entre dos tipos de consumidores, los que tengan un consumo anual inferior a 100.000 kWh y los consumidores con un consumo igual o superior. En ambos casos, la empresa distribuidora deberá validar la solicitud y efectuar la estimación del consumo y liquidación del suministro a tarifas, comunicando a la empresa comercializadora la fecha del cambio, seleccionando siempre la fecha de cambio más próxima posible a la de la validación. El cambio no debe suponer ningún coste para el consumidor ni para la empresa comercializadora. Las empresas por su parte están obligadas a mantener el registro histórico de cambio de clientes durante, al menos, 5 años para la resolución de los eventuales conflictos (art. 45 RLSH).

Este cambio de mercado, por otra parte, supone la modificación del correspondiente contrato de ATR al sistema de transporte y distribución efectuado por el comercializador respectivo y sobre la facturación a éste de los correspondientes peajes.

B. Cambio de comercializador en el mercado liberalizado

Cualquier consumidor cuyo suministro ya se está realizando en el mercado liberalizado puede solicitar el cambio de comercializador, por sí mismo o a través de la nueva comercializadora, a la distribuidora que tuviera asignado el punto de consumo. Para los consumidores con un consumo anual o inferior a 100kWh, una vez validada la solicitud, la distribuidora deberá efectuar la estimación del consumo comunicando a la comercializadoras la que suministraba y la que va a suministrar la fecha de cambio, que siempre coincidirá con los días 1, 11 o 21 de cada mes y con la fecha más próxima a la de la validación. Cuando el consumo sea igual o superior a 100kWh, se seguirá el mismo procedimiento, excepto que en este caso la fecha de cambio coincidirá con la de la lectura que se efectuará durante los últimos 5 días hábiles de cada mes. Para los consumidores con teled medida la fecha de cambio se efectuará dentro de los 6 días hábiles posteriores a la fecha de validación de la solicitud.

Los posibles conflictos en la liquidación y rescisión del contrato se resolverán de acuerdo con lo estipulado en los mismos y en cualquier caso, por aplicación de la legislación mercantil (art. 46.5 RLSH).

C. Cambio de un consumidor del mercado liberalizado al mercado regulado

El RD-Ley 5/2005 añadió un apartado 3.t al RLSH que impone al distribuidor la obligación de controlar que los consumidores cumplen las condiciones establecidas para retornar al mercado a tarifa. Estas condiciones están establecidas en el artículo 47 del RLSH que ha sido objeto de varias modificaciones de las cuales resulta que el consumidor debe cumplir las siguientes condiciones: que haya transcurrido un mínimo de 3 años a partir de un consumo de 100 millones de kWh (DA primera RD 942/2005⁶⁰³); y, que se solicite con una antelación mínima de 6 meses a la fecha

⁶⁰³ Esta DA modificó el art. 47 del RLSH que establecía, de manera general, un plazo de un año de permanencia en el mercado liberalizado como mínimo para poder optar por el regreso al mercado regulado. Según modificación introducida a este inciso por el art. trigésimo segundo.uno del RD-Ley 5/2005, de 11 de marzo.

prevista de cambio⁶⁰⁴. Para el resto de consumidores no se establecen condiciones previas.

El procedimiento aplicable en este caso es el estipulado para el caso del cambio de comercializador en el mercado liberalizado. Una vez realizado el retorno el consumidor tendrá la obligación de permanecer en éste por al menos un año (art. 47 RLSH)⁶⁰⁵. Cuando el suministro se realiza a través de una comercializadora es ésta la obligada a realizar los contratos pertinentes para realizar dicha actividad. El cliente cualificado sólo mantiene una relación directa con ésta, aunque quien haga llegar el gas al punto de consumo sea un distribuidor. El suministro a los consumidores cualificados lo llevan a cabo los comercializadores en condiciones libremente pactadas.

D. Sistema de intercambio de información para la gestión del cambio de suministrador.

A los efectos de realizar los cambios antes descritos, el RLSH dispone la creación de un sistema de intercambio de información, a cargo de los distribuidores, con los transportistas, comercializadores y consumidores cualificados. Con este sistema se pretende garantizar la adecuada protección del consumidor minimizando su carga de trabajo en los distintos procesos que lo afectan; a través de la estandarización de la información y los medios por los que se remite ésta; y reduciendo el plazo de entrada en vigor de los contratos desde su firma, así como los costes económicos por la gestión técnica del sistema. Se procura evitar la existencia de consumidores sin suministro y la corrección de clientes erróneamente transferidos, y que, por tanto, reciban facturas

⁶⁰⁴ Vid. Informe de la CNE «Informe sobre solicitud de cambio de suministro de gas del mercado libre a la tarifa regulada», de 16 de noviembre de 2005.

⁶⁰⁵ Uno de los problemas que suscita el desfase de la regulación reglamentaria se ha observado en el caso de comercializadores que solicitan el ATR a las instalaciones de un distribuidor, para suministro a clientes que aún no han cumplido el plazo de un año establecido en el artículo 47 del RLSH. La empresa distribuidora le ha negado el acceso y la CNE ha confirmado que conforme la legislación aplicable la denegación es conforme a derecho. No obstante, ésta resulta en una contradicción lógica con el propósito de la Ley 12/2007, que es precisamente eliminar el mercado regulado, ya que se está impidiendo el paso de los consumidores al mercado liberalizado, interponiéndose también, en alguna medida, en los planes de actuación y gestión de la comercializadora. Al respecto, Informe de la CNE sobre la consulta de una distribuidora de gas sobre el paso de consumidores del mercado regulado al mercado liberalizado, de 20 de septiembre de 2007.

inadecuadas de varios suministradores. El propósito es garantizar tanto la correcta agregación de la medida del GN consumido como su correcta imputación, y favorecer la atención ante reclamaciones. Se intenta, además, facilitar al comercializador la información necesaria para la gestión del nuevo contrato y favorecer la atención ante reclamaciones (art. 43.1 RLSH).

El sistema de intercambio de información consiste en una base de datos con toda la información requerida para dicho fin: todos los puntos de suministro conectados a sus redes y a las redes de transporte de su zona, con independencia de que tenga contrato de suministro vigente y, para cada uno de ellos, una serie de datos relativos al punto de suministro y al consumidor⁶⁰⁶.

Los transportistas, distribuidores y comercializadores están facultados para acceder a los datos relativos al punto de suministro. Mientras la información relativa al consumidor sólo es accesible a éste, a través de la presentación de un código que lo identifica o por una persona debidamente identificada y autorizada por el consumidor. Con ese propósito, se impone a las empresas distribuidoras y comercializadoras la obligación de dotarse de los sistemas informáticos necesarios para la conexión entre éstos y el intercambio de la información, de manera que se posibilite la consulta y recepción de datos y la validación informática de solicitudes y comunicaciones con los sujetos relacionados con la contratación. Esta base debe estar permanentemente actualizada (art. 43.2 y 3 RLSH).

⁶⁰⁶ Según lo establecido en el artículo 43.2, según la reforma introducida mediante el RD 942/2005, de 29 de julio, por el que se modifican determinadas disposiciones en materia de hidrocarburos, los datos relativos al suministro son: 1º Código de identificación del punto de suministro. 2º Empresa distribuidora. 3º Ubicación del punto de suministro. 4º Presión de suministro. 5º Características del punto de suministro: tarifa o peaje actual o prevista, caudal máximo conectado, en su caso. 6º Fecha de última revisión de las instalaciones receptoras del usuario, así como su resultado. 7º Consumos de los últimos dos años y caudales medidos y periodificados según facturación, y, en su caso, los caudales máximo y mínimo medidos con detalle mensual. 8º Código identificador del equipo de medida, 9º Características y propiedad del equipo de medida. 10º Fecha del último movimiento de contratación del consumidor a efectos tarifarios. 11º Fecha del último cambio de comercializador del consumidor. 12º Perfil de consumo que se aplica al consumidor para la estimación del consumo. Los datos relativos al consumidor: 1º Nombre, dirección, NIF/CIF. 2º Empresa que realiza el suministro y fecha de inicio del suministro por esta 3º Empresa que efectúa la medida. 4º Fecha de salida del cliente de tarifa al mercado liberalizado, en su caso. 5º Fecha de vuelta del cliente a tarifa, si se hubiese producido.

El artículo 1.4 del RD 942/2005 añadió al artículo 43 RLSH los apartados 4 y 5 que imponen una obligación más para los distribuidores que tengan conectados a sus instalaciones más de 50.000 clientes y las que pertenezcan a un grupo de sociedades entre las que figuren empresas distribuidoras que en total superen esa cantidad, cuyo incumplimiento reiterado e injustificado, se considera infracción grave de acuerdo con el régimen establecido en la LSH. Esta obligación consiste en poner a disposición de todos los usuarios conectados a sus redes la información relativa a los puntos de suministro y del consumidor, mediante procesos de acceso telemático.

La administración y gestión transparente de la información es uno de los aspectos fundamentales para la consecución de competencia efectiva en el suministro.

4. Régimen de los consumidores de último recurso –mercado liberalizado–

De acuerdo con el artículo 2 del RD SUR, los consumidores de último recurso se consideran consumidores en el mercado liberalizado. Sin embargo, transitoriamente, mientras se realiza el desarrollo reglamentario para adaptar su régimen jurídico, les será de aplicación lo establecido en el Título III del RLSH. De manera que, todas las regulaciones aplicables a los consumidores cualificados relativas al suministro (cambio de suministrador, medida, control, facturación y pago, suspensión del suministro, reclamaciones y calidad del suministro), y las relativas a los consumidores que se han trasladado al mercado libre, les serán de aplicación.

A. El mecanismo de traspaso de los consumidores del mercado a tarifa al mercado de último recurso.

La Orden ITC/2309/2007 regula el mecanismo de traspaso de los consumidores de un mercado a otro de la siguiente manera: a partir del 1 de septiembre de 2007 los distribuidores que suministren a clientes a tarifa deben notificarles el cambio de régimen a través de una carta cuyo modelo se anexa a la Orden referida. Esta carta contiene la información sobre los comercializadores entre los que puede elegir y debe ser remitida por el distribuidor en todas las facturas que remitan a sus clientes con contrato en vigor, desde el día 1 de septiembre de 2007 hasta el 1 de enero de 2008. Los consumidores que a fecha 1 de julio de 2008, no hayan elegido comercializador pasarán a ser suministrados por el comercializador de último recurso perteneciente al grupo

empresarial de la empresa distribuidora o en su defecto por la comercializadora del grupo empresarial de la distribuidora con mayor cuota de mercado en la CA (art. 3 y 4). Si bien, esta regla puede pensarse como una garantía para el consumidor, también puede verse como una distorsión al mercado que va en contra de los principios que rigen el sistema ya que ayudará a consolidar a las empresas más fuertes en detrimento de las que tienen menor peso en el sector.

En el caso de que el consumidor haya pasado a ser suministrado por la empresa comercializadora del mismo grupo de la distribuidora que realizaba el suministro, el consumidor podrá darse de baja, sin coste alguno, comunicándolo a la empresa comercializadora con una antelación de 6 días hábiles, tal y como establece el artículo 37.4 RLSH para los contratos de suministro a tarifa (art. 4 Orden ITC/2309/2007).

Los contratos en el marco de las tarifas de último recurso deben adaptarse y formalizarse por parte de los comercializadores antes del 1 de julio de 2009. Este parece más bien un plazo demasiado amplio, pues mientras transcurre el plazo, se expone a los consumidores a cierta incertidumbre.

B. Oficina de cambios de suministrador (OCS)

La modificación introducida por el artículo único.31 de la Ley 12/2007 añade un nuevo artículo 83 bis a la LSH, que viene a dar forma institucional a un derecho que ya estaba establecido en el RLSH que estipula el procedimiento para el caso en que un consumidor desee realizar un cambio de suministrador. Esta oficina puede considerarse la respuesta a las quejas de los consumidores frente a los abusos de las compañías que prestan el servicio⁶⁰⁷. Se crea para actuar en los sectores de gas y electricidad. Es la

⁶⁰⁷ De lo que da constancia el «Informe sobre el escrito de la Comunidad de Madrid en relación con las denuncias formuladas por los usuarios contra grupos empresariales» aprobado por el Consejo de Administración de la CNE el 14 de septiembre de 2006. En este documento la CNE, a instancia de la Comunidad de Madrid, realiza un análisis sobre la posible existencia de malas prácticas comerciales por parte de empresas comercializadoras y distribuidoras de un mismo grupo empresarial que, sin el conocimiento ni el consentimiento del consumidor, han procedido al cambio de los mismos del mercado regulado al liberalizado. La Comunidad le informa a la CNE que está llevando a cabo actuaciones inspectoras dado el elevado número de denuncias que han recibido -en total el informe da cuenta de 49 denuncias, 34 de ellas contra un mismo grupo empresarial-. La CNE insta a las CCAA a dar parte a la misma si estimaran que existen indicios de prácticas restrictivas de la competencia que pudieran afectar el funcionamiento del mercado, como sería un número significativo de reclamaciones de consumidores por cambios indebidos de suministrador, para valorar la posible existencia de competencia desleal y someterla

responsable de vigilar que los cambios de suministrador se lleven a cabo conforme los principios de transparencia, objetividad e independencia. En conformidad con el citado artículo el Gobierno podrá encomendar a la OCS funciones de gestión directa de los cambios de suministrador en las condiciones reglamentariamente establecidas. En el ejercicio de sus funciones tiene acceso a las Bases de datos de Consumidores y Puntos de suministro de gas y electricidad. Reglamentariamente se establecerá la información que los diferentes sujetos deben suministrarle.

Esta oficina adopta la forma de sociedad mercantil con objeto social exclusivo. Debe realizar sus funciones tanto en el sector del gas natural como en el de la electricidad y está obligada a remitir anualmente una memoria de actividades al MITC, a la CNE y a las CCAA (art. 83.bis 3y 5)⁶⁰⁸.

Los porcentajes de participación en su capital social se han definido de la siguiente manera: distribuidores de energía eléctrica 15%, de GN 15%; comercializadores de energía eléctrica 35%, y de GN 35%. Además la normativa especifica que «Dentro de la cuota de cada grupo de sujetos, la participación correspondientes a cada empresa se realizará en función de la energía circulada a través de sus instalaciones, en el caso de los distribuidores y de la energía vendida en el caso de los comercializadores, no pudiendo resultar una participación superior al 20% por grupo de sociedades y adecuándose la participación de las empresas al menos cada dos años. En el caso de que, según la energía circulada y vendida por un grupo de sociedades, la participación superase una cuota del 20%, el exceso se repartirá entre los sujetos restantes proporcionalmente a las cuotas previas» (art. 83.2 bis LSH). La financiación de la OCS está establecida sobre la base de las cuotas de sus socios.

a juicio del Servicio de la Competencia. Por otra parte, la CNE concluye poniendo en cuestión la aplicación de las reglas de separación de actividades entre empresas distribuidoras y comercializadoras del mismo grupo empresarial. Cuestión especialmente relevante dado el mecanismo de traspaso de SUL dispuesto.

⁶⁰⁸ La oficina de cambios de Suministrador se financiará sobre la base de las cuotas de sus socios». Según la DT 3ª la Oficina de Cambios de Suministrador, se constituirá en el plazo de dos meses desde la entrada en vigor de la Ley, y debe iniciar su actividad antes de que transcurran seis meses desde la misma fecha.

5. Obligaciones del consumidor directo en mercado –Cualificado–

Las obligaciones de los consumidores están referidas fundamentalmente a sus instalaciones, su mantenimiento y conservación, ya que son éstos los que deben garantizar que cumplen los requisitos técnicos y de seguridad, según la normativa vigente. Además, tienen la obligación de permitir al personal autorizado de la empresa correspondiente, sea distribuidora o transportista, la entrada en el local o vivienda a que afecta el servicio contratado en horas hábiles o de normal relación con el exterior, para inspeccionar las instalaciones o efectuar la lectura del contador. Evidentemente, deben efectuar el pago del suministro de acuerdo con las condiciones contratadas (art. 22.2. RLSH).

Los consumidores que adquieren el GN directamente deben, además, inscribirse en el Registro Administrativo de Distribuidores, Comercializadores y Consumidores Directos en Mercado, así como cumplir con las obligaciones relativas al funcionamiento del sistema, como son: realizar su suministro coordinadamente con los demás agentes del sistema y de conformidad con las NGTS y proporcionar la información requerida para la supervisión y control mismo. Adicionalmente, el artículo único.24 de la Ley 12/2007 ha añadido un apartado 4 al artículo 78 LSH que establece que los consumos que se alimenten mediante una línea directa o acometida desde una planta de regasificación deben cumplir con las obligaciones de mantenimiento de existencias mínimas de seguridad y contribuir a la diversificación de los suministros (art. 22.3 RLSH).

6. Régimen jurídico en relación con las acometidas

Indistintamente del tipo de consumidor de que se trate, e independientemente del mercado en que se encuentren, los consumidores mantienen las obligaciones siguientes en relación con las acometidas, o más bien, en relación con la empresa distribuidora o transportista respectiva.

En primer término, el consumidor tiene derecho a recabar y recibir de la empresa distribuidora o transportista toda la información necesaria para la realización de la acometida a mínimo coste. De conformidad con el artículo 27 del RLSH, éstas se conectarán preferentemente a las redes de distribución en el punto más cercano a la ubicación de la instalación receptora o de mínimo coste económico, siempre que exista

suficiente capacidad de suministro justificándose en caso contrario⁶⁰⁹ (art. 27 RLSH). De manera que, como ya se mencionó al estudiar el estatuto jurídico de los transportistas, en algunos casos también pueden estar conectadas a las instalaciones de transporte, en cuyo caso los derechos y obligaciones son de aplicación también a las empresas transportistas.

Cuando por razón de una solicitud de suministro se requiera una nueva acometida o punto de consumo, la empresa distribuidora lo debe comunicar al solicitante en un plazo de 6 días, indicando el coste de la misma, así como los plazos necesarios para su construcción e iniciación del suministro. Dicha comunicación debe definir el plazo de validez del presupuesto que no puede ser menor a 6 meses. Si el solicitante acepta, la empresa que realizó la oferta está obligada a cumplir en las condiciones y plazos inicialmente ofertados. En caso de que el solicitante no esté conforme y no se logre llegar a un acuerdo, el solicitante podrá elevar un escrito motivado sobre el asunto, al órgano competente de la CC AA, que debe resolver en un plazo de 20 días (art. 25 RLSH).

Por su parte, el distribuidor tiene derecho a percibir de los solicitantes de una nueva acometida o de su ampliación, y de los contratantes de un nuevo suministro o ampliación de uno existente, los derechos de acometida determinados como contraprestación económica por la construcción de las instalaciones necesarias para atender al mismo. Así como a exigir a los usuarios que sus instalaciones receptoras y aparatos de consumo reúnan las condiciones técnicas y de seguridad reglamentariamente establecidas. En el caso de acometidas realizadas por terceros, tienen derecho a recibir de los solicitantes la documentación técnica y de seguridad acreditativa del cumplimiento de las condiciones exigibles antes de la conexión y puesta en gas de la nueva acometida.

Los petitionarios de una nueva acometida o ampliación de una existente pueden construir a su costa las instalaciones necesarias y cederlas a la empresa distribuidora o

⁶⁰⁹ En cualquier caso, para suministros a presiones inferiores a 4 bar, se considerará que existe capacidad suficiente en la red de distribución cuando el consumo previsto sea inferior a 100.000 kWh/año

transportista, o solicitar la realización de las mismas a la empresa gasista. En su caso, deben abonar los derechos de acometida correspondientes antes de la realización de las instalaciones necesarias para el suministro solicitado. En el caso de acometidas construidas por terceros, deben abonar a la empresa distribuidora o transportista los costes de conexión de la misma, que le correspondan. Asimismo, deben facilitar a la empresa distribuidora o transportista la documentación que acredite el cumplimiento de las condiciones técnicas y de seguridad de las acometidas, en su caso, y de las instalaciones receptoras y permitir las verificaciones y pruebas reglamentariamente establecidas para la puesta en gas de las instalaciones.

VI. El suministro en sentido amplio

En la enunciación de los aspectos relacionados con el suministro, entendido según la LSH, tanto para referirse a la venta del GN como a toda la cadena de actividades requeridas al efecto, era donde más se extendía la versión original de la LSH. Esto puede representar, en principio, un indicio de la mínima intensidad en el cambio que se había operado en relación con las condiciones en las que debe prestarse el servicio a los usuarios, así como en la intervención administrativa que se observa, a efecto de lograr que dichas condiciones efectivamente se cumplan. Ésta continúa siendo muy significativa en algunos aspectos.

De manera que, aunque se introdujeron ciertas modificaciones en los artículos específicamente referidos a los distribuidores y comercializadores –el suministro en sentido estricto–, han quedado algunos otros que no han sido reformados por la Ley 12/2007 que también se refieren al suministro, entendido en sentido amplio, y que asignan cargas a los sujetos del sistema.

La liberalización no ha implicado la extinción de ciertas características que se identifican con el servicio público, y que, continúan intactas, o, incluso se han ampliado, después de la reforma. Así, el artículo 3.2 de la DG establece que: «podrán imponer a las compañías que operan en el sector del gas en aras del interés económico general, obligaciones de servicio público, que podrán referirse a la seguridad, incluida la seguridad del suministro, a la regularidad, a la calidad y al precio de los suministros».

Ciertamente, la DG no se refiere en este artículo a la cobertura del servicio. La regulación de estos aspectos, se estudian a continuación.

1. La garantía de suministro. ¿Universalidad de la prestación?

El artículo 2 de la LSH, dispone, de manera general, que las actividades del sector se ejercerán garantizando el suministro de gas por canalización «a los consumidores demandantes dentro del territorio nacional». Más específicamente, el artículo 57 establecía que «se realizará a todos los consumidores que lo demanden, comprendidos en las áreas geográficas pertenecientes al ámbito de la correspondiente autorización y en las condiciones de calidad y seguridad que reglamentariamente se establezcan por el Gobierno, previa consulta a las Comunidades Autónomas». En especial, aunque señalando algunos límites, el texto originario de la LSH establecía como una obligación del distribuidor: «Efectuar el suministro a tarifa a todo peticionario del mismo y ampliarlo a todo abonado que lo solicite, siempre que exista capacidad para ello y siempre que el lugar donde deba efectuarse la entrega del gas se encuentre comprendida dentro del ámbito geográfico de la autorización» (74 a) LSH y 32.1 RLSH), y así lo reiteraba en las obligaciones relativas al suministro: «Atender en condiciones de igualdad, las demandas de nuevos suministros de gas en las zonas en que operen» (83. 1. a) LSH). Ambas obligaciones desaparecen, como ya se vio al estudiar las funciones del distribuidor, con la reforma introducida por la Ley 12/2007.

En su lugar, la Ley 12/2007, al tiempo que introduce el «suministro de último recurso», elimina esa clásica regulación de la universalidad de la prestación para disponer que «Los consumidores tendrán derecho de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de gas natural en las condiciones que reglamentariamente determine el Gobierno previa consulta a las Comunidades Autónomas». De manera que, si bien otorga el derecho «universal» de ATR, está claro que si no se garantiza el suministro de todos aquellos pequeños consumidores que por el nivel de consumo no accedan a la red, la garantía de ver su derecho satisfecho puede verse disminuida. Por otro lado, el distribuidor continúa teniendo la obligación de ampliar sus instalaciones y facilitar las conexiones en el ámbito geográfico de su autorización. Y la respectiva Administración competente está habilitada para determinar cuál distribuidor debe ampliar su red para atender nuevos suministros en caso de que ninguno decida acometerlo. ¿Cuál es

entonces el alcance de la reforma realizada por la Ley 12/2007 con la eliminación del suministro a tarifa?

En primer lugar, debe destacarse que el texto original de la LSH, como se ha podido observar, prácticamente no implicaba ningún cambio con respecto al régimen de servicio público tradicional, pues en todo caso la garantía de suministro en los términos de calidad, continuidad, seguridad y precio –asequible- se han mantenido. Pero cuál es la situación con el suministro de último recurso. Para empezar, de momento, el RLSH el Título III, relativo al «Suministro» continúa vigente.

Tal parece que no se trata de una modificación de fondo en cuanto a las calidades tradicionales del servicio en general, y por tanto, en cuanto a la cobertura del mismo. De acuerdo con el régimen vigente por un lado, el Gobierno determina en todo caso, quién debe ampliar su red para atender nuevos suministros y, por otro, sigue existiendo la tarifa a través del nuevo suministro de último recurso. Por el contrario, con el SUL, la tarifa recupera su calidad de máxima. Adicionalmente, desde el año 2005, existe una regulación específica, con carácter limitado en el tiempo, cuyo propósito es promover las inversiones en determinadas zonas a través de un régimen económico específico determinado mediante las Órdenes ministeriales que se ocupan de la regulación de retribución de las actividades reguladas del sistema. Dicha normativa se estudia con detalle en el capítulo sexto.

Así las cosas, el cambio más importante se produce en las funciones del distribuidor que debe restringir su actividad a la conducción del gas a través de sus redes, para dar paso a la actuación del comercializador de último recurso. Luego, habrá que ver en qué términos se regulan las relaciones entre el comercializador y el consumidor.

Por otro lado, como excepción a la obligación de suministro establecida de manera general, el RLSH establece las condiciones en las que las empresas distribuidoras podrán negarse a realizarlo. Éstas se restringen a dos circunstancias: la primera, que las instalaciones del consumidor no cumplan las condiciones técnicas y de seguridad reglamentarias; la segunda, que el consumidor haya sido declarado deudor por sentencia judicial firme de cualquier empresa distribuidora, «siempre que no se justificara el pago

de dicha deuda» (art. 32.2. y 3 RLSH). Pero estas son las tradicionales circunstancias que se han regulado.

2. La continuidad del suministro. Condiciones para la suspensión del servicio.

La obligación de prestación del servicio de «forma regular y continua»⁶¹⁰ está regulada tanto entre las obligaciones del transportista como del distribuidor, según se observó anteriormente. Como excepción a ésta, la LHS en su artículo 88 establece, en general, las condiciones bajo las cuáles podrá suspenderse el servicio⁶¹¹. Los artículos 55 a 60 del RLSH las desarrollan.

En especial, el artículo 88 LSH dispone que, en ningún caso, puede suspenderse el suministro a las instalaciones «cuyos servicios deben ser entendidos como esenciales»⁶¹², excepto en los casos de peligrosidad cierta para personas y bienes. Esta frase es muy expresiva de la distinción que en alguna medida se ha pretendido marcar entre los servicios de interés económico general y los servicios esenciales, de acuerdo con las comunicaciones de la Comunidad Europea. A estos efectos se considerarán servicios esenciales, de acuerdo con el artículo 60 de la RLSH, los siguientes: suministros destinados a centros sanitarios y hospitales que tengan incidencia en la seguridad y bienestar de los pacientes, guarderías y colegios de enseñanza obligatoria,

⁶¹⁰ Sobre el significado y alcance de este principio, así como su vinculación a la acepción de servicio público, pueden verse FERNÁNDEZ GARCÍA, M. Y., *Estatuto Jurídico de los servicios esenciales económicos en red*, INAP, Madrid, 2003, pp. 429-436; SALA ARQUER, J. M., *El principio de continuidad de los servicios públicos. Sus orígenes en el Derecho español*, INAP, Madrid, 1977, p. 81; VILLAR PALASÍ, J. L., *Derecho Administrativo*, Universidad de Madrid, Madrid, 1968, quien otorga a esta característica de la prestación la calidad de «elemento esencial imprescindible para la calificación de servicio público» V. I, p. 493; y, VILLAR ESCURRA, J. L., *Servicio Público y técnicas de conexión*, CEC, Madrid, 1980, p. 209.

⁶¹¹ Al respecto, GONZÁLEZ SALINAS, J.: «la suspensión del suministro, respecto de los consumidores a tarifa, se sigue contemplando en términos parecidos al régimen vigente al hacerse desaparecer el servicio público», «Las nuevas regulaciones...», op. cit., p. 1029.

⁶¹² Esta frase es muy expresiva de la distinción que en alguna medida se ha pretendido marcar entre los servicios de interés económico general y los servicios esenciales de acuerdo con las comunicaciones de la Comunidad Europea. Por otra parte, llama la atención este hecho ya que, como se recordará, en el caso del sector eléctrico, el artículo 2.2 de la Ley que regula el sector dispone: «Estas actividades se ejercerán garantizando el suministro de energía eléctrica a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional y tendrán la consideración de *servicio esencial*» (el subrayado no es del original), sin embargo, en la LSH, esta referencia se hizo a las «actividades de interés económico general».

asilos y residencias de ancianos, suministros destinados a instituciones directamente vinculadas a la defensa nacional, a las fuerzas y cuerpos de seguridad, a los bomberos, a protección civil y a la policía municipal, salvo las construcciones dedicadas a viviendas, economatos y zonas de recreo de su personal, los medios de transporte público que utilicen gas como combustible, aquéllos otros servicios considerados de interés social o comunitario que en su legislación específica sean declarados como tales. Cuando alguno de estos clientes se encuentre en situación de morosidad, la normativa reglamentaria establece que las empresas distribuidoras o comercializadoras podrán afectar los pagos que perciban de éstos, al abono de las facturas correspondientes a dichos servicios, con independencia de la asignación que el cliente, público o privado, hubiera atribuido a estos pagos (art. 60 RLSH).

Las causas de suspensión del suministro de combustibles gaseosos, dispuestas por la legislación, son diversas según se trate de consumidores a tarifa o cualificados (que probablemente sustituirán las causas de suspensión para consumidores de último recurso y los CDM). Además, la normativa estipula las causas específicas que podrían justificar una suspensión temporal del servicio.

A. Suspensión del suministro a los consumidores a tarifa

En el caso de los consumidores a tarifa, se podrá efectuar la suspensión del suministro cuando tal posibilidad haya sido contemplada en el contrato de suministro, «que nunca podrá invocar problemas de orden técnico o económico que lo dificulten, o por causa de fuerza mayor o situaciones de las que se pueda derivar amenaza cierta para la seguridad de las personas o las cosas».

Otro supuesto para la interrupción del suministro a tarifa es el impago. Tratándose de consumidores privados a tarifa, una vez que han pasados dos meses desde que se les ha requerido fehacientemente el pago sin que el mismo se haya hecho efectivo, la empresa distribuidora podrá suspender el suministro. El requerimiento se debe hacer por cualquier medio que permita tener constancia de su recepción, así como de la fecha identidad y contenido del mismo, debiendo conservar constancia de la notificación efectuada. Dicha comunicación debe expresar la fecha a partir de la cual se interrumpirá el suministro de no abonarse en fecha anterior las cantidades adeudadas. La empresa

distribuidora no podrá señalar como fecha para la interrupción un día festivo, ni aquellos en los que, por cualquier motivo, no exista servicio de atención al cliente, tanto comercial, como técnica, a efectos de la reposición del suministro, ni en víspera de los días antes señalados (art. Art. 88.3 LSH y 57.1 RLSH). Para el caso de las Administraciones públicas, transcurrido el plazo, comienzan a devengarse intereses equivalentes al interés legal del dinero incrementado en 1,5 puntos. Transcurridos 4 meses sin haber hecho efectivo el pago, se podrá proceder a la suspensión del servicio (art. 57.2 RLSH).

Efectuada la suspensión del suministro, debe ser repuesto en un plazo máximo de 48 horas, siguientes al abono de la cantidad adeudada (art. 57.4 RLSH).

Adicionalmente, la empresa distribuidora podrá interrumpir el suministro en los siguientes supuestos: cuando se establezcan desviaciones para suministrar gas a una instalación no prevista en el contrato, o las instalaciones receptoras o aparatos consumidores de gas no cuenten con las autorizaciones necesarias. También está facultado para hacerlo cuando se manipule el equipo de medida o se evite su correcto funcionamiento, o cuando el usuario no permita al personal autorizado por la empresa la entrada en el local o vivienda a que afecta el servicio contratado en horas hábiles o de normal relación con el exterior, para inspeccionar las instalaciones o para efectuar la lectura del contador (art. 56. 1 RLSH). En todos los casos anteriores, la interrupción se llevará a cabo por la empresa distribuidora, quien debe comunicarlo al usuario de forma fehaciente con una antelación mínima de 6 días hábiles. En dicha comunicación deberá figurar la fecha de suspensión del suministro y la causa del mismo. El usuario podrá recurrir en un plazo máximo de 6 días a la Administración competente, la cual resolverá sobre la suspensión en un plazo máximo de 20 días, entendiéndose desestimada en caso de no existir resolución expresa. En caso de que el usuario recurra la suspensión del suministro debe remitir copia del recurso presentado a la empresa distribuidora, que no podrá proceder a la suspensión del suministro mientras no haya resolución por parte de la Administración (art. 56.2 RLSH).

En el caso de suspensión del suministro por deficiente conservación de las instalaciones, cuando ello suponga peligro para la seguridad de las personas o bienes, la suspensión se realiza de forma inmediata sin necesidad de cumplimiento previo de requisito alguno

por parte de la empresa distribuidora: Mientras dure la suspensión del suministro no se facturará el término fijo de la tarifa (art. 56.4 RLSH).

B. Suspensión del suministro a consumidores cualificados. Procedimiento

De acuerdo con la LSH, en el caso de consumidores –cualificados–, se debe estar a las condiciones de garantía de suministro o suspensión pactadas en el contrato. A éstas el RLSH ha venido a sumar, interviniendo en la relación privada, por razones de interés general, las siguientes: «por causas de fuerza mayor o situaciones de las que se pueda derivar amenaza cierta para la seguridad de las personas o las cosas» (art. 88.1 LSH y 55.1 RLSH).

El RLSH especifica el supuesto de rescisión de un contrato de suministro entre un consumidor y un comercializador. En este caso el comercializador debe comunicarlo a la distribuidora y al consumidor, con un período de antelación de 6 días hábiles. En dicha notificación, enviada al consumidor y a la empresa distribuidora, se debe indicar que, salvo que el consumidor acredite disponer de un contrato de suministro con otro comercializador, o solicite a la distribuidora el cambio al mercado a tarifa, el distribuidor procederá a la suspensión del suministro una vez concluido el periodo establecido. La notificación se debe efectuar por correo certificado o cualquier otro medio que garantice fehacientemente la comunicación. La empresa distribuidora procederá a la suspensión del suministro si llegada la fecha de rescisión del contrato, el comercializador no le indica o el consumidor no acredita la suscripción de un nuevo contrato con otro comercializador. En estos casos, cuando el comercializador no hubiera comunicado a la distribuidora la rescisión del contrato de suministro, ésta queda exonerada de cualquier responsabilidad sobre el GN entregado al consumidor. En el resto de los casos, la comercializadora no asume ningún coste asociado al suministro a partir de la fecha de rescisión (art. 55.2 RLSH).

C. Suspensión temporal del suministro. Autorización administrativa previa

Como ya se mencionó, los distribuidores tienen la obligación de mantener el suministro de manera permanente a los consumidores conectados a su red, excepto en los casos establecidos reglamentariamente y temporalmente, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: por razones de seguridad, por causa de fuerza mayor, para

efectuar tareas de mantenimiento, reparación, sustitución o ampliación de las instalaciones de gas. En estos casos, se requerirá una autorización administrativa previa, la cual debe solicitarse ante el órgano competente en materia de energía. En la solicitud deben describirse los hechos, la justificación de las medidas adoptadas, el área afectada y la duración prevista de la interrupción. Igualmente, salvo situaciones de urgencia, el distribuidor tiene que informar a los usuarios afectados y a los comercializadores a los que preste su servicio sobre la intención de proceder a la interrupción, intentado siempre minimizar el impacto que ésta pueda causar a los usuarios afectados, y haciendo constar la causa que la origina y la fecha prevista para reanudar el suministro. También debe informar a través de los medios que considere más adecuados, tanto a los usuarios como a los comercializadores, la reanudación del suministro (art. 58 RLSH).

En cualquier caso, el órgano administrativo podrá ordenar, con carácter inmediato, el cierre o la interrupción del suministro a instalaciones cuyo funcionamiento defectuoso amenace la integridad de las personas o los bienes (art. 58. 4 RLSH).

3. La calidad del suministro. Las condiciones para su interrupción .-La cláusula de progreso-

Las referencias a la calidad del suministro se concretan en LSH para el caso de los combustibles gaseosos en exigencias específicas relativas a la regularidad del servicio⁶¹³, las características del combustible⁶¹⁴, e incluso, a aspectos relacionados con la incorporación de tecnologías - “cláusula de progreso”-.

De acuerdo con lo establecido en la LSH, el suministro de GN debe realizarse de forma continuada, cuando así se contrate y con las características que se determinen, a cuyo efecto las empresas del sector deben contar con el personal idóneo y los medios

⁶¹³ Asimismo, el artículo 89.2. b) establece como uno de los objetivos de la reglamentación técnica que debe llevarse a cabo: «conseguir la necesaria regularidad de los suministros»

⁶¹⁴ El artículo 63 del RLSH establece: 1. Los límites de calidad del gas natural en relación a su composición, poderes caloríficos y demás características de la calidad del producto, para el suministro corresponden a los aplicables al gas del grupo H, segunda familia, de acuerdo con la clasificación de gases de la norma UNE-EN-437, y deberán cumplir lo indicado en las Normas de Gestión Técnica del Sistema.

necesarios. Asimismo, en especial los comercializadores y los distribuidores deben promover la incorporación de tecnologías avanzadas para la medición y el control del suministro de combustibles gaseosos⁶¹⁵ (art. 86.1 LSH). Por su parte, el transportista debe disponer de los equipos de medida de calidad del gas, según lo dispuesto por las NGTS⁶¹⁶.

El RLSH ha reglamentado en el capítulo relativo a la calidad, los aspectos relativos a la interrupción del suministro. Se considera interrupción del suministro cuando se realiza un servicio por debajo de las presiones que están establecidas reglamentariamente⁶¹⁷. Tratándose de clientes a tarifa, en el caso de producirse, la empresa suministradora debe aplicar una rebaja de 10 por 100 en las facturas mensuales de los abonados afectados, por cada dos interrupciones registradas en el punto de suministro en el mes, siempre que ninguna de ellas exceda de cinco horas (art. 66.1 RLSH).

Si las interrupciones se dan en un suministro prestado a través de una comercializadora, el descuento del 10 por 100 se produce sobre los peajes que debe abonar la comercializadora, siempre que la interrupción del suministro no sea imputable a su actuación. Al consumidor se aplicarán los descuentos que correspondan según las condiciones pactadas en el contrato (art. 66.2 RLSH).

La normativa establece rangos para fijar los descuentos. Si la duración de dichas interrupciones de servicio fuese superior a cinco horas e inferior a un día, para todos los consumidores, se computa cada interrupción de suministro como dos interrupciones. Si la interrupción dura uno o más días, se computan tres interrupciones por día de

⁶¹⁵ Como ha puesto de manifiesto el profesor GALLEGO ANABITARTE, A, «Esto recuerda la cláusula de progreso característica de las concesiones de servicio público» «El sector del Gas...», op. cit., p. 22.

⁶¹⁶ La NGTS-05 «Medición», regula lo relativo a la cantidad y calidad de los flujos de gas del sistema. Esta norma está contenida en la Orden ITC/3126/2005, de 5 de octubre, por la que se aprueban las NGTS.

⁶¹⁷ El artículo 65.2 RLSH dispone que se considerará interrupción del suministro las siguientes presiones mínimas, según los puntos de suministro: «a) 18 mbar relativos si están situados en una red de presión máxima de servicio menor o igual a 0,05 bar relativos, b) 50 mbar relativos si están situados en una red de presión máxima de servicio superior a 0,05 bar relativos hasta 0,4 bar relativos, c) 0,4 bar relativos si están situados en una red de presión máxima de servicio superior a 0,4 bar relativos hasta 4 bar relativos, d) 3 bar relativos si están situados en una red de alta presión de presión máxima de servicio superior a cuatro bar relativos hasta 16 bar relativos, e) 16 bar relativos si están situados en una red de alta presión de presión máxima de servicio superior a 16 bar relativos».

suministro interrumpido. No obstante, el descuento no podrá exceder en ningún caso del 50 por cien del importe de la factura. El abono de las cantidades devengadas se debe efectuar en los dos meses siguientes. Cuando se deba a causas de fuerza mayor o de mantenimiento programado de las instalaciones, no se aplican las reducciones en la facturación mensual de los clientes a tarifas ni en los peajes. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad civil que pueda derivarse de los daños causados como consecuencia de la interrupción del suministro. Esto, por supuesto, no se aplica a los suministros que tengan la consideración de interrumpibles (art. 66.6 y 7 RLSH).

Otro aspecto relacionado con la calidad del gas es la odorización del mismo. Con el propósito de que cualquier fuga pueda ser detectada con facilidad por el olfato humano normal. Esta obligación corresponde a los transportistas, sin embargo los distribuidores deben vigilar que el GN tiene este olor característico en el momento de su entrega, añadiendo compuestos odorizantes en la proporción necesaria cuando sea preciso (art. 64 RLSH).

4. Contratos de suministro. Naturaleza jurídica

La discrepancia de la doctrina y la jurisprudencia sobre la naturaleza jurídica del contrato de suministro es uno de los aspectos que, en principio, debería quedar resuelto ante el cambio regulatorio acaecido con la LSH, y especialmente con el nuevo modelo impuesto por la Ley 12/2007, en el que son los comercializadores los únicos que deberán firmar contratos de suministro de gas, pues los consumidores directos en mercado deben firmar sus contratos de ATR.

No obstante, la duda persiste ya que, la naturaleza de la relación jurídico privada, está muy intervenida administrativamente. Ya ni siquiera se considera un obstáculo los medios técnicos. El contenido del contrato está predeterminado o, las cláusulas vienen impuestas por la Administración para ambas partes⁶¹⁸.

⁶¹⁸ En este sentido, FERNÁNDEZ GARCÍA, J. J., «Lo cierto, a nuestro entender, es que dicho contrato queda emplazado en el seno del derecho privado, (...) es preciso resaltar que la homologación administrativa no transmuta la significación privada del contrato, sino que juega como referencia del contenido necesario en las cláusulas declarativas que fija como contenido mínimo la Administración Pública en protección de terceros», en *Definición...*, op. cit., pp. 298-299.

El Capítulo III del RLSH, pese a que se publica al filo de la vigencia de la DT quinta, a cuyo término desaparece la clasificación que divide a los consumidores en cualificados y a tarifa, establece regulaciones para el contrato de suministro a tarifa y el contrato en el mercado liberalizado, ello claro está, puesto que la segmentación del mercado continúa siendo una realidad en la práctica. Cualquiera de las modalidades de suministro requiere de un contrato entre las partes. Los sujetos de la relación en el primer caso, son el consumidor y los distribuidores y en el segundo, los consumidores cualificados y las empresas comercializadoras, aunque puede darse el caso de que el consumidor cualificado acceda directamente a las instalaciones de terceros –CDM-, supuesto en el cual debe ajustar su actuación a las reglas de funcionamiento del sistema, específicamente de ATR.

El contrato de suministro, en todos los casos, es personal y su titular deberá ser el efectivo usuario del combustible, que no podrá utilizarlo en lugar distinto para el que fue contratado, ni cederlo, ni venderlo a terceros (art. 36.2 RLSH).

A. El contrato de suministro a tarifa y –de último recurso-

Para realizar el traspaso de un régimen a otro, los contratos firmados se traspasan, bien a la comercializadora, que ha sido elegida por el consumidor, o bien a la comercializadora del mismo grupo empresarial que el de la distribuidora que venía realizando el servicio, quien lo sucede en los derechos y obligaciones correspondiente; o en su defecto, por la comercializadora del «grupo empresarial de la distribuidora con mayor cuota de mercado en la Comunidad Autónoma». Y antes del 1 de julio de 2009, los comercializadores deberán formalizar y adaptar los contratos al nuevo marco legal (art. 4 Orden ITC 2309/2007). De manera que, durante ese lapso de tiempo, continúan vigentes los contratos a tarifa firmados hasta ahora.

En el caso del suministro a tarifa la LSH establece que se rige por la póliza de abono o contrato aprobados mediante Real Decreto, que puede tener en cuenta la situación de quienes por el volumen de consumo o alguna condición de suministro requieran un

tratamiento contractual específico⁶¹⁹ (art. 79.2 LSH). Este tipo de consumo mantiene en general las características y condiciones del contrato de suministro de gas que se ha venido utilizando tradicionalmente. De hecho, para este tipo de consumo, el RLSH propone un modelo de contrato que sólo se complementará con cláusulas particulares libremente pactadas cuando el consumo, supere los 5 kWh en función de la especificidad del suministro, sin otra limitación que la de no contradecir la LSH ni las normas vigentes en cada momento⁶²⁰. Según lo establecido en la DT primera del RLSH, las condiciones de los contratos de suministro se aplican a los contratos que se renueven o suscriban a partir de día 1 de enero de 2003, fecha en que entró en vigor el mismo, y se deben considerar incorporadas automáticamente a los contratos o pólizas de abono vigentes.

En el caso de que la conexión de las instalaciones del consumidor se efectúe en la red de transporte, el contrato de tarifa de suministro debe suscribirse con un distribuidor que cuente con autorización en la zona. En los casos de suspensión de suministro y resolución de contratos, el distribuidor lo debe comunicar al transportista al que esté conectado el consumidor para que proceda a hacer efectivo el corte (art. 37.3 RLSH).

Las características de estos contratos son las tradicionales. La duración de los contratos es anual y se prorroga tácitamente por plazos iguales. El consumidor podrá darse de baja antes de dicho plazo siempre y cuando lo comunique «fehacientemente a la empresa distribuidora con una antelación de seis días hábiles a la fecha en que desee la baja del suministro, todo ello sin perjuicio de las condiciones económicas que resulten en aplicación de la normativa tarifaria vigente» Lo anterior sin perjuicio de que la normativa vigente pueda considerar otros plazos para suministros específicos (art. 37.4 RLSH).

⁶¹⁹ Sobre este tema, bajo la vigencia de la LG: GONZÁLEZ SALINAS, J., «Naturaleza Jurídica y posición del consumidor en el contrato de suministro de gas» en *La protección jurídica del ciudadano Libro Homenaje a Jesús González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993, t. III, pp. 1857-1912.

⁶²⁰ Al respecto, GONZÁLEZ SALINAS, J.: «se constata como la supresión del servicio público no ha supuesto una liberación de las empresas —en concreto las distribuidoras, suministradoras del gas a los consumidores a tarifa— pues en sus relaciones contractuales siguen estando condicionadas en términos básicamente coincidentes a como lo estaban anteriormente.», en «Las nuevas regulaciones...», op. cit., p. 1031.

Como ya se señaló el consumidor tiene derecho a ser informado y asesorado sobre la tarifa y caudal máximo diario contratado y sobre las condiciones del contrato, para ejercer su derecho a elegir la tarifa que más le convenga entre las oficialmente aprobadas, teniendo en cuenta la presión máxima de diseño del gasoducto al que esté conectado (art. 37.5 RLSH).

Las empresas distribuidoras están obligadas a atender las peticiones de modificación de tarifa y caudal diario máximo contratado. No obstante lo cual, un consumidor no podrá realizar un cambio de tarifa mientras no hayan transcurrido como mínimo 12 meses desde el último cambio, excepto si se produce alguna modificación en la estructura de tarifaria que la afecte (art. 37.6 RLSH).

El titular de un contrato de suministro a tarifa esta facultado para traspasarlo a otro consumidor por la simple comunicación a la empresa distribuidora. Para la subrogación de los derechos y obligaciones, basta con que se comunique a la empresa distribuidora a efectos de expedición del nuevo contrato (art. 39. 1 y 2). Igualmente, en los casos en que el usuario efectivo del combustible, con justo título, sea persona física distinta al titular que figura en el contrato, ésta puede exigir, el cambio a su nombre del contrato existente, sin más trámites (art. 39.3 RLSH). La única condición que deben cumplir es estar al día en los pagos y que no varíen las condiciones del mismo.

Ninguno de los movimientos anteriores deben generar gastos para el consumidor a excepción de los que requieran actuaciones en las instalaciones del cliente y cuando se trate de usuarios conectados a gasoductos de presión inferior a 4 bar, cuya antigüedad sea superior a 20 años, en cuyo caso, las empresas distribuidoras «deberán proceder a la verificación de las instalaciones, autorizándose a cobrar, en este caso, los derechos de verificación vigentes. Si efectuada dicha verificación se comprobase que las instalaciones no cumplen las condiciones técnicas y de seguridad reglamentarias vigentes en la fecha del traspaso, la empresa distribuidora debe exigir la adaptación de las instalaciones y la presentación del correspondiente boletín del instalador» (art. 39.5 RLSH).

Las causas de resolución de los contratos a tarifa que estipula el RLSH son: 1. La solicitud de baja por parte del usuario, o el cambio del usuario al mercado liberalizado,

la formalización de un nuevo contrato en un punto de suministro en donde hay un consumidor con justo título, siempre que no haya deuda contraída; la interrupción del suministro durante más de dos meses desde la fecha de suspensión y la suspensión del suministro en los casos de fraude que genera la resolución automática del contrato.

B. Contratos en el mercado liberalizado

Estos contratos se firman entre la empresa comercializadora debidamente autorizada y el consumidor cualificado. A partir de la entrada en vigencia del suministro de último recurso, se considera que todos los contratos se realizan en el mercado liberalizado. Deben contener todas las condiciones del suministro: seguridad, continuidad, calidad y repercusiones económicas por incumplimiento de la calidad del suministro, medición y facturación del mismo, causas de rescisión, mecanismos de subrogación y mecanismos de arbitraje en su caso. La única limitación es no contener cláusulas contrarias a la LSH y sus disposiciones de desarrollo. Además se prevé que las controversias que pudieran surgir, se resolverán en la vía jurisdiccional, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de los procedimientos de arbitraje previstos en el ordenamiento jurídico (art. 38 RLSH).

C. Reclamaciones y fraudes

El órgano competente en materia de energía de la CA o Ciudades de Ceuta y Melilla, en cuyo territorio se efectúe el suministro, es el competente para resolver las discrepancias que se puedan presentar entre los consumidores y las empresas distribuidoras en relación con el contrato a tarifa o con las facturaciones respectivas (art. 61 el RLSH). En virtud de lo establecido DA vigésima octava de la LSH (añadida por el artículo único 52 de la Ley 12/2007) las reclamaciones administrativas contra un transportista o distribuidor de GN se deben presentar ante el organismo responsable de su resolución, que tiene un plazo de 2 meses para resolver, plazo que podrá prorrogarse si el organismo responsable solicita información adicional o con el consentimiento del reclamante. Lo anterior, claro es, independientemente de las actuaciones en vía jurisdiccional que puedan producirse a instancia de cualquiera de las partes.

Por otro lado, de conformidad con el RLSH, se considera que existe fraude cuando se produce alguna acción u omisión tendente a modificar o impedir la medición del suministro contratado en perjuicio del distribuidor o del comercializador. Dichos sujetos

están facultados para solicitar al órgano competente de la CA que visite e inspeccione la instalación de cualquier consumidor con objeto de comprobar la existencia de un posible fraude. Previa comunicación al comercializador, el distribuidor puede solicitar la inspección para consumidores conectados a sus redes de distribución, que se suministren a través de comercializadores.

El órgano competente de la CA debe resolver sobre la existencia o no del fraude, así como la cuantía del mismo. La resolución por concepto de fraude tendrá carácter de acto administrativo e incluirá cuantas circunstancias puedan contribuir a calcular con exactitud el tiempo de duración del fraude y determinará la cuantía de la cantidad necesaria para subsanarlo, así como los gastos derivados de la inspección de las instalaciones. Dicha resolución debe ser comunicada al solicitante y al usuario.

Cuando el usuario no efectúe el pago del importe de la liquidación oficial del fraude en el plazo de un mes, o no haga el depósito del mismo, se procede a la suspensión del suministro y la rescisión automática del contrato. A manera de advertencia, para evitar denuncias injustificadas, el RLSH dispone que el pago de los gastos derivados de la investigación de un fraude cuya existencia no se logra demostrar, corran a cargo del peticionario de las mismas, sea el distribuidor o comercializador.

5.Obligaciones específicas relativas a la seguridad del suministro.

Finalmente, aunque entre las más relevantes, deben analizarse las obligaciones relativas a la seguridad del suministro que se traducen en obligaciones de mantenimiento de existencias mínimas de seguridad y de diversificación de los almacenamientos.

Los sujetos que incorporan GN al sistema tienen la obligación de mantener una determinada cantidad de existencias mínimas de seguridad. Las potestades administrativas en esta materia son muy significativas dada la importancia de asegurar el abastecimiento de combustible para cubrir cualquier situación imprevista⁶²¹, recuérdese que el GN es una de las principales fuentes de generación de electricidad.

⁶²¹ Como describe el «Informe sobre el estado de los almacenamientos subterráneos y el mantenimiento de las existencias mínima de seguridad de gas natural por parte de los agentes del sistema», de 31 de

A. La normativa comunitaria. En especial, la Directiva 2004/67/CE del Consejo, relativa a unas medidas para garantizar la seguridad del suministro de gas natural.

En efecto, la Directiva del Gas incluye este tema, que no estaba comprendido en su antecesora, estableciendo la obligación de los Estados de hacerse cargo de la supervisión de los aspectos relacionados con la seguridad del suministro, es decir, tanto del suministro y del abastecimiento, como de la seguridad técnica. Y a mayor abundamiento, dada la relevancia del tema ha adoptado una Directiva específica sobre la materia: «Directiva 2004/167/CE, del Consejo, de 26 de abril de 2004, relativa a unas medidas para garantizar la seguridad del suministro de gas natural. De acuerdo con esta Directiva, y como se había indicado ya en el Libro Verde «Hacia una estrategia europea de seguridad del suministro energético»⁶²², el GN es un componente cada vez más importante en el suministro energético de la Comunidad, por tanto: «cualquier dificultad que tenga como efecto la reducción del suministro de gas, podría causar alteraciones importantes en la actividad económica de la Comunidad; por ello, cada vez es más necesario garantizar la seguridad del suministro del gas» (Considerando (2))⁶²³. El objetivo de esta Directiva es, precisamente, garantizar un marco común con arreglo al cual los Estados Miembros determinen unas políticas generales en materia de seguridad del suministro, atendiendo a los principios de transparencia, no discriminación y solidaridad⁶²⁴ y en conformidad con las exigencias de un mercado único competitivo⁶²⁵.

marzo de 2005. «En la Unión Europea las reservas de gas natural son limitadas y representan sólo el 5% de los recursos globales de gas en el mundo (...) En la actualidad la importación de gas en la Unión Europea representa aproximadamente el 40% de la demanda, pero se espera que este porcentaje se incremente significativamente y alcance un 70% en el 2020. La dependencia europea de la importación es un hecho: 9 de 33 países europeos dependen de las importaciones en más de un 95%; solo 5 países son autosuficientes o exportadores de gas. Las importaciones de gas presentan una elevada concentración geográfica en tres proveedores externos: Rusia, Noruega y Argelia.» p. 4.

⁶²² COM (2000)769 (no publicado en el Diario Oficial).

⁶²³ Valga de ejemplo el conflicto que se ha dado en llamar la «Guerra del Gas», que ha hecho saltar las alarmas. El conflicto bilateral suscitado entre Rusia y Ucrania ha provocado la reacción de la UE ante la posibilidad de que el gas ruso destinado a Europa se quede en Ucrania para cubrir sus necesidades. Técnicamente, no es posible impedir que ello suceda.

⁶²⁴ En este sentido, el artículo 4.5 de la Directiva establece la posibilidad de tomar medidas de cooperación entre Estados miembros, a través de acuerdos bilaterales, en el caso de que el nivel de

Más específicamente, señala que los Estados miembros deben definir las funciones y responsabilidades de los distintos agentes del mercado en la ejecución de dichas políticas y especificar las normas adecuadas mínimas de seguridad de suministro, cuya publicación y aplicación debe realizarse de forma transparente y no discriminatoria. Asimismo, dispone que las medidas que se impongan no deben suponer una carga injustificada y desproporcionada para los agentes del mercado del gas y deben ser compatibles con un mercado competitivo (art. 3 Directiva 2004/167/CE).

Es significativa, por su nivel de detalle, la declaración realizada en el artículo 4 de la Directiva en relación con la preocupación por el suministro de los clientes domésticos: «Los Estados miembros se asegurarán de que el suministro de los clientes domésticos dentro de sus territorios respectivos esté adecuadamente protegido, al menos en caso de: «a) una interrupción parcial de los suministros nacionales de gas durante un período que habrán de determinar los Estados miembros teniendo en cuenta sus circunstancias nacionales; b) temperaturas extremadamente bajas durante un periodo de consumo punta determinado a nivel nacional; c) periodos de demanda excepcionalmente elevada de gas durante las épocas más frías, que estadísticamente se producen cada 20 años».

B. La regulación contenida en la LSH sobre la materia y el Real Decreto 1716/2004 por el que se regula la obligación de mantenimiento de existencias mínimas de seguridad, la diversificación de abastecimiento de gas natural y la CORES

En el marco delimitado por la Directiva, el Capítulo VIII de la LSH regula este tema. La seguridad del suministro es, sin duda, una de las principales preocupaciones del legislador, quien incluso específicamente en relación con el GN⁶²⁶, se ha adelantado a la

interconexión de las redes no sea adecuado para asegurar el cumplimiento de las normas sobre seguridad del suministro, en el entendido de que dichos acuerdos no deben impedir el correcto funcionamiento del mercado interior del GN.

⁶²⁵ Interesa resaltar un dato más sobre esta Directiva, y es la creación de un Grupo de Coordinación del Gas a fin de facilitar la coordinación de las medidas en materia de seguridad del suministro, como muestra de la relevancia del tema.

⁶²⁶ Como lo señaló la CNE: «la Ley de Hidrocarburos establece, de manera novedosa, las obligaciones de los sujetos que actúan en el sistema gasista en relación con la seguridad del suministro (...) todo ello con el objeto de asegurar el suministro de esta fuente de energía considerada de carácter esencial.», en

exigencia impuesta por la Comunidad Europea. La regulación sobre tema se encuentra en los artículos 98 sobre la obligación de mantener existencias mínimas, y 99 sobre la diversificación de los abastecimientos. Adicionalmente, los artículos 100 y 101 establecen lo relativo al control de estas obligaciones y reserva al Estado la posibilidad de adoptar medidas específicas en situaciones de escasez de suministro, como pueden ser: «establecer obligaciones especiales en materia de existencias mínimas de seguridad de gas natural» o «modificar las condiciones generales de regularidad en el suministro de carácter general o referido a determinadas categorías de consumidores» (art. 101.2 b) y d)).

Dicha normativa legal ha sido desarrollada en el RD 1716/2004 de 23 de julio. La trascendencia de las regulaciones contenidas el citado RD 1716/2004 se expresa en su parte expositiva: «La relevancia de las importaciones netas de hidrocarburos en el balance energético español hace que cualquier dificultad en el abastecimiento, incluso momentánea, pueda derivar en graves consecuencias para la actividad de nuestra economía. A este respecto, debe considerarse que los mercados internacionales de productos petrolíferos y de gas natural se caracterizan por una oferta imperfecta de materia primas, concentrada, en una parte significativa, en zonas geográficas ajenas a la influencia de las economías occidentales»⁶²⁷. En consecuencia, la DF Segunda del RD 1716/2004, dispone el carácter básico del mismo de acuerdo con lo establecido en los artículos 149.13 y 25 de la CE, exceptuando las referencias a los procedimientos administrativos, que deben ajustarse a lo establecido en la LRJPAC.

Por su parte, la Ley 12/2007, mediante sus artículos único.38 y único.39, ha reformado los artículos 98 y 99 respectivamente, para adaptarlos al estado del proceso de

«Informe sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se regula la obligación de mantenimiento de existencias mínimas de seguridad, la diversificación de abastecimiento de gas natural y la corporación de reservas estratégicas de productos petrolíferos», de 22 de diciembre de 2003. p. 4.

⁶²⁷ Además, como ha puesto de manifiesto LASHERAS, M. A., «La seguridad del suministro es uno de los términos más utilizados en los análisis de los mercados de energía (y aún más desde la elevación de los precios del petróleo y del gas en Europa). Su definición dista mucho de ser precisa y de aceptación general. Esta indefinición puede estar relacionada con el uso político de este término. La seguridad del suministro ha sido frecuentemente utilizada por los Gobiernos para defender políticas proteccionistas frente «al exterior», en *La teoría de la regulación...*, op. cit, p. 176.

liberalización. Y se ha ajustado la legislación reglamentaria a través del RD 1766/2007, de 28 de diciembre, que contiene una modificación profunda del RD 1716/2004.

Mediante los citados Reales Decretos se desarrollan, en lo que aquí interesa, los artículos 52, 98, 99 y 100 de la LSH y la propia Directiva 2004/167/CE, aunque ello no se indica en su parte expositiva que más bien hace referencia a las Directivas que sobre esta materia se han dictado en el nivel comunitario en el ámbito de los productos petrolíferos.

a. La distribución de competencias entre las autoridades reguladoras en materia de seguridad del suministro

En virtud del artículo 3.2.h) de la LSH, corresponde a la AGE «inspeccionar el cumplimiento de las existencias mínimas de seguridad de los operadores al por mayor que resultan obligados». Esta competencia está referida a los hidrocarburos líquidos. No existe, sin embargo, ninguna norma que regule esta competencia para el caso de los combustibles gaseosos. Lo mismo sucede, en cuanto se refiere a las obligaciones que deben cumplir los CDM, la LSH también es omisa en ese sentido. Como en el caso anterior, el artículo 3.3.h) únicamente dispone entre las competencias de las CCAA la de: «inspeccionar el mantenimiento de existencias mínimas de seguridad cuando tal mantenimiento corresponda a distribuidores al por menor o a consumidores ubicados en su ámbito territorial». En el SG esta obligación no existe para los distribuidores y no hay una norma análoga para los comercializadores de GN.

Para salvar la situación descrita antes, el artículo 4 b) RD 1716/2004, -en su redacción dada por el RD 1766/2007- dispone una remisión, en términos generales, al artículo 3 de la LSH y seguidamente determina que en cuanto se refiere a la inspección del cumplimiento de existencias mínimas de seguridad de GN, la competencia se atribuye, al MITC, o a las Administraciones autonómicas con los mismos criterios que se han utilizado en el reparto competencial para el otorgamiento de los títulos habilitantes relativos básicamente al ámbito territorial de actuación de la respectiva empresa.

Por otro lado, el artículo 100 de la LSH, determina que en los casos en que la competencia corresponda a la AGE, la inspección y control de las obligaciones será realizada por la CORES, según se estudia en un epígrafe posterior.

b. La obligación de mantenimiento de existencias mínimas. Sujetos obligados y contenido de la obligación

Originariamente, el artículo 98.1 de la LSH disponía que los sujetos obligados a mantener existencias mínimas de seguridad eran: los transportistas que incorporaban GN al sistema para suministro en régimen de tarifas, los comercializadores y los consumidores cualificados que hicieran uso del derecho de ATR y no se suministraran a través de un comercializador. Estos sujetos debían mantener existencias mínimas equivalentes a 35 días de sus ventas firmes.

Mediante la Ley 12/2007 se han reconsiderado los términos de esta obligación atendiendo al nivel de avance del proceso de liberalización. En primer término, dado que los transportistas dejarán de incorporar GN al sistema, quedan eximidos de dicha obligación a partir del 1 de julio de 2008⁶²⁸. De acuerdo con el régimen actual, la obligación se impone ahora únicamente a los comercializadores y a los CDM. También se ha modificado el contenido de la misma.

De esta manera, los nuevos sujetos obligados, de acuerdo con la modificación introducida al artículo 98 de la LSH, son los comercializadores y los CDM, éstos últimos solamente con respecto a sus consumos firmes en la parte no suministrada por un comercializador. Adicionalmente, de conformidad con el apartado 3 del mismo artículo, y la modificación introducida al RD 1766/2007, distingue entre existencias mínimas de carácter estratégico y de carácter operativo. Este es uno de los aspectos más importantes que se han aclarado con las reformas introducidas.

La obligación general se establece en 20 días de sus ventas o consumos de carácter firme⁶²⁹. Los sujetos obligados deben «disponer en todo momento de unas existencias

⁶²⁸ De acuerdo con la DT tercera 1, «Hasta el 1 de julio de 2008, los transportistas que incorporen gas natural al sistema estarán obligados a mantener existencias mínimas de seguridad por sus ventas firmes a distribuidores de gas natural». Se entiende que subsiste la obligación en los términos establecidos en el RD 1766/2004.

⁶²⁹ Según lo establecido en el artículo 16 del RD 1716/2004: «A los únicos efectos de determinar la obligación de mantenimiento de existencias mínimas de seguridad, tendrán la consideración de suministros firmes los que no se encuentren incluidos en alguno de los siguientes supuestos: a) Los suministros acogidos a un peaje interrumpible, en las condiciones que establezca la reglamentación aplicable. b) Los suministros realizados al amparo de un contrato entre un comercializador y un

mínimas de seguridad de carácter estratégico equivalentes a 10 días de sus ventas firmes en el año natural anterior» Adicionalmente, deben mantener existencias de carácter operativo por la misma cantidad (art. 17.1 RD 1716/2004)⁶³⁰.

Para el caso de los comercializadores⁶³¹, a efecto de determinar el contenido de la obligación, se consideran las ventas realizadas a los consumidores finales. Se excluyen las llevadas a cabo entre éstos, y las exportaciones y salidas de productos con destino a otros países de la Unión Europea. Tratándose de los CDM, la obligación se calcula con base en la parte de sus consumos de carácter firme no suministrados por comercializadores autorizados, en el periodo comprendido entre el 1 de abril de cada año y el 31 de marzo del siguiente (art. 20 RD 1716/2004).

El artículo 20 del RD 1716/2004 establece tres formas para el cumplimiento de la obligación de mantenimiento de existencias mínimas. La primera consiste en almacenar GN de su propiedad en instalaciones de su propiedad. La segunda, almacenarlo en instalaciones de terceros; y una tercera, mediante la suscripción de contratos de arrendamiento de gas, siempre que dicho gas no esté adscrito a otras obligaciones de reservas mínimas de seguridad.

Pueden computarse como existencias mínimas de seguridad, las cantidades de GN que «sean propiedad del sujeto obligado o estén a su plena disposición en virtud de contratos de arrendamiento» (art. 17.4 RD 1716/2004). Las existencias deben encontrarse en

consumidor en el que se hayan incluido cláusulas de interrumpibilidad comercial, siempre que el mismo cumpla los preceptos establecidos en la normativa vigente que le sea de aplicación, así como las siguientes condiciones: i) El punto de suministro deberá disponer de equipo de telemedida. ii) El período de posible interrupción suscrito deberá superar 10 días por año y la duración del contrato deberá ser, al menos, anual. Para cada sujeto obligado no se podrán considerar como suministros interrumpibles comerciales, a los efectos de la exención de mantenimiento de existencias mínimas de seguridad, más del 25 por 100 de sus ventas totales anuales.»

⁶³⁰ En orden al ajuste que debe realizarse para el cumplimiento de esta obligación, según la DT 19 de la LSH, entre las existencias mínimas podrán incluirse existencias operativas, hasta el 1 de enero de 2012.

⁶³¹ La cantidad de reservas mínimas impuestas a los sujetos, especialmente en el caso del comercializador, ha sido considerada como una posible limitación para la entrada de estos sujetos, entre otras razones debido a que, en España, la capacidad de almacenamiento a nivel general es insuficiente, lo cual puede implicar una limitación física para el cumplimiento de esta exigencia. Por otra parte, debe recordarse que estas exigencias en general, son producto de regulaciones internacionales que deben ser cumplidas por los Estados. (COM 1999, 571 final, La seguridad del suministro).

territorio español para que sean contabilizadas, con excepción de aquellas que, mediante acuerdo intergubernamental con un Estado miembro de la Unión Europea, hayan sido autorizadas por el MITC, y siempre que se asegure su disponibilidad y no se ponga en riesgo la seguridad del abastecimiento (art. 17. 6 y 18 RD 1716/2004). No se contabilizan como tales: las reservas de GN en yacimientos de origen, las incluidas en gasoductos, el GN existente en almacenamientos subterráneos que no puede ser extraído técnicamente, ni el gas a bordo de buques de transporte de GNL⁶³².

Por otro lado, a partir de la distinción entre reservas estratégicas y operativas se puede ahora saber, con exactitud a qué se refiere el artículo 101 de la LSH cuando dispone que el Gobierno establecerá, para situaciones de emergencia, las condiciones en las que se podrá hacer uso de las reservas “estratégicas” de GN. En este sentido, la modificación señala que en situaciones de escasez de suministro o en las que pueda estar amenazada la seguridad de las personas, aparatos o instalaciones, o la integridad de la red, el Gobierno está facultado para limitar o modificar temporalmente el mercado del GN, establecer obligaciones especiales en materia de existencias mínimas de seguridad del GN, suspender o modificar temporalmente los derechos de acceso, modificar las condiciones generales de regularidad en el suministro con carácter general o referido a determinadas categorías de consumidores, someter a autorización administrativa las ventas de GN para su consumo en el exterior, y cualesquiera otras medidas que puedan ser recomendadas por los organismos internacionales de los que España es parte, o que se determinen en aplicación de aquellos convenios en que participe (art. 101 LSH⁶³³).

⁶³² Como explica la CNE en su Informe sobre el estado de los almacenamientos subterráneos y el mantenimiento de las existencias mínimas de seguridad de GN por parte de los agentes del sistema, aprobado el 31 de marzo de 2005: «La disponibilidad de las existencias depende del tipo de almacenamiento considerado: el gas de gasoductos es de utilización inmediata, el gas en plantas de regasificación depende de la capacidad de regasificación y de la demanda, y puede ser movilizado muy rápidamente. La disponibilidad del gas almacenado en los almacenamientos subterráneos depende de la capacidad de extracción, así como de la capacidad de la conexión de estos almacenamientos con la red de gasoductos.», p. 23.

⁶³³ Este artículo, señala literalmente: «El Gobierno establecerá para situaciones de emergencia las condiciones en que se podrá hacer uso de las *reservas estratégicas* de gas natural a que se refiere el presente Título por los obligados a su mantenimiento». Uno de los vacíos más importantes de la regulación sobre esta materia, que ha aclarado la Ley 12/2007, era la indefinición está relacionada con la que se anotó en el epígrafe referido a los almacenamientos. Si se asocian estas nociones con las relativas al almacenamiento operativo y estratégico se llega a la conclusión de que las existencias mínimas están relacionadas con el funcionamiento normal del sistema, mientras las reservas estratégicas con situaciones

Asimismo, determinará el ámbito, la duración y las excepciones que estime pertinentes, así como el régimen retributivo aplicable a aquellas actividades que se vieran afectadas por las medidas adoptadas, garantizando en todo caso un reparto equilibrado de los costes.

Las existencias mínimas estratégicas deben mantenerse en almacenamientos subterráneos de la red básica, y su movilización corresponde exclusivamente al Gobierno. Mientras las de carácter operativo pueden mantenerse en plantas de regasificación o en almacenamientos subterráneos –excluyendo el gas colchón- o en plantas satélites, dichas infraestructuras además, pueden pertenecer o no a la red básica y sólo pueden ser restringidas por el SGE en los respectivos Planes Invernales⁶³⁴. En ambos casos, tanto la cantidad como el modo de cómputo de las existencias mínimas puede ser modificada por el MITC.

Para el caso de los comercializadores que inicien actividad, la obligación se calcula a partir de una estimación razonada de ventas, que debe ser aprobada por la DGPEM. Los CDM que hagan uso por primera vez del ATR, la obligación se calculará con base en sus consumos de carácter firme del año anterior (art. 19 RD 1716/2004).

Tratándose de los territorios extrapeninsulares que no tengan conexión con el sistema gasista peninsular, el contenido de esta obligación se rige por lo que determine el Ministro del MITC, para lo cual queda facultado por el propio Real Decreto (art. 17.7 RD 1716/2004).

c. Obligaciones de diversificación de los abastecimientos

De acuerdo con la modificación introducida por el artículo único.39 de la Ley 12/2007, al artículo 99 de la LSH, la obligación de diversificación se atribuye a los

de emergencia y por tanto que una parte del GN almacenado en cumplimiento de estas obligaciones de mantenimiento de existencias mínimas se destina a esa función.

⁶³⁴ Estos planes tienen carácter anual y establecen las condiciones de actuación durante la estación de invierno con el objetivo de garantizar el suministro ante el incremento de la demanda derivado de la estacionalidad del mercado doméstico comercial y de repentinas olas de frío. Mediante Resolución de 4 de diciembre de 2007, de la DGPEM, se ha aprobado el Plan Invernal 2007/2008 (BOE de 7 de diciembre de 2007).

comercializadores y, en algunos casos, a los CDM. Los transportistas quedan liberados de esta obligación en el marco del mercado liberalizado. La obligación de diversificación existirá para los comercializadores, cuando «en la suma de todos ellos la proporción de los provenientes de un mismo país sea superior al 60%⁶³⁵». Los CDM, en cambio, sólo deberán cumplir con esta obligación, por la parte del consumo no adquirida a los comercializadores, cuando su volumen y origen pueda incidir negativamente en el balance de abastecimiento del mercado español. Además, se eximirá de esta obligación el abastecimiento de gas que cuente con un suministro alternativo garantizado (art. 21 RD 1716/2004).

Al igual que en el caso de las existencias mínimas de seguridad, el MITC se reserva la posibilidad de variar este porcentaje, tanto para disminuirlo como para incrementarlo, en función de la evolución del mercado gasista español y de los mercados internacionales de GN, previo informe de la CNE (art. 99.1 LSH).

El RD 1716/2004 regula este deber en sus artículos tercero y vigésimo primero, ambos reformados por el RD 1766/2007. En el artículo tercero reduce el porcentaje establecido de la suma de todos los aprovisionamientos de GN destinados al consumo nacional provenientes de un mismo país, de acuerdo con la situación del mercado, de un 60 a un 50%, según la información que debe publicar la CORES. Así, en virtud de lo establecido en el apartado 2 del artículo 21, los comercializadores y los CDM que, directamente o por estar integrados en grupos empresariales, realicen aprovisionamientos por una cuota superior al 7% de los aprovisionamientos en el año natural anterior, deben diversificar su cartera de forma que sus suministros provenientes del principal país suministrador al mercado nacional sea inferior porcentaje establecido. A estos efectos, se entiende por aprovisionamientos el GN importado en frontera española y destinado al consumo nacional. Asimismo se faculta al MITC para desarrollar las condiciones del cumplimiento de esta obligación atendiendo a la

⁶³⁵ Esta situación se presentaba con el gas argelino que aún hoy representa un porcentaje importante, aunque en los últimos años se ha ido reduciendo. Como lo demuestra el hecho de que mediante la reforma introducida a este artículo por el RD 1766/2007, se ha reducido ese porcentaje desde un 60% a un 50%, en virtud de lo establecido en el art. 99.1 que establece que el MITC podrá modificar el porcentaje establecido en función de la evolución de los mercados internacionales de GN.

situación del mercado, pudiendo exceptuar de la obligación determinados tipos de transacciones.

A los efectos del cumplimiento de esta obligación, el artículo 21 del RD 1716/2004, define como aprovisionamientos provenientes de un mismo país «aquellos que estén contratados directamente con productores de dicho país, así como aquellos que, aún procedentes de entidades radicadas o no en el país en cuestión, están directamente vinculados, por razón del origen, a la actividad productora del país». Y señala que se tomarán en consideración las cantidades anuales de gas incorporado para atender los suministros y ventas de carácter firme en el año natural precedente.

Alternativamente, el RD 1716/2004 establece un procedimiento que permite a un sujeto, obligado a mantener la diversificación en sus aprovisionamientos, sobrepasar la proporción del 50% de gas procedente del principal país proveedor del mercado español, según la información que debe publicar la CORES. De conformidad con dicha regulación, debe obtenerse una autorización del MITC que resolverá previo informe de la CNE⁶³⁶, de acuerdo con los criterios siguientes: «1º Que favorezcan la competencia en el suministro del gas. 2º Que mejoren la seguridad del suministro. 3º Que no resulte en detrimento del funcionamiento del mercado del gas. 4º Que no resulte en detrimento del funcionamiento eficaz de las infraestructuras de gas.» Adicionalmente, se prevé la publicación de la resolución que autoriza a suscribir el contrato de aprovisionamiento. Dicha resolución debe contener, al menos, los siguientes aspectos: las razones detalladas por las que se concede la autorización, su duración, el análisis puntualizado de las repercusiones que la misma tendrá en la competencia y el funcionamiento eficaz del mercado; y los efectos generados sobre la diversificación del suministro generado por la autorización (art. 21.4 RD 1716/2004).

⁶³⁶ El artículo no hace referencia a qué tipo de informe debe emitir la CNE ni a sus efectos.

d. El deber de información relativo al cumplimiento de la obligación de mantenimiento de existencias mínimas y diversificación del suministro.

Los sujetos obligados a mantener existencias mínimas de seguridad deberán facilitar al MITC y a CORES, en la forma y con la periodicidad que se determine, toda la información necesaria para acreditar el cumplimiento de las obligaciones correspondientes. En particular, deben facilitar a la DGPEM del MITC, a la CNE y a CORES información que permita obtener un balance exacto sobre los movimientos de GN de cada sujeto: entradas de gas por importación, intercambio intracomunitario, compra nacional, cantidades y destinos de las ventas al mercado interior por sectores de consumo, exportaciones, otras salidas, niveles y variación de existencias y cualquier otra que se considere necesaria a los mismos fines. Cuando la competencia de inspección del cumplimiento de esta obligación corresponda a una CA la información también se debe enviar al órgano competente respectivo.

En cuanto a la obligación de diversificación, los sujetos obligados deben remitir a la CORES -encargada también de la inspección y control de la diversificación cuando sea competencia de la AGE- la relación de ventas firmes e importaciones de GN, por país de origen, correspondientes al año natural precedente. La CORES es la encargada de procesar toda la información que deben remitirle los sujetos obligados y publicar el porcentaje de diversificación en que se encuentra el país en cada momento, con la indicación del período temporal al que afecta dicho porcentaje. Además deben comunicar a la DGPEM del MITC, a la CNE y a la CORES, cuanta información sea precisa para el control de esta obligación⁶³⁷. Con dicho objetivo, cada vez que suscriban un contrato de aprovisionamiento de GN, deben informar, sobre: «a) cantidad de gas objeto del nuevo aprovisionamiento y la programación temporal de entregas vista. b) País o países de origen del nuevo aprovisionamiento. c) Modo en que queda la cartera

⁶³⁷ Mediante la OM ITC/3283/2005, de 11 de octubre, se aprobaron las normas relativas a los deberes de información de los sujetos obligados al mantenimiento de existencias mínimas de seguridad de productos petrolíferos, incluidos los gases licuados del petróleo, y de gas natural, así como a las facultades de inspección de la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos. (BOE núm. 255, de 25 de octubre de 2005).

total de aprovisionamientos del sujeto en cuestión tras el nuevo contrato» (art. 5.6 RD 1716/2004).

C. El control de las obligaciones. El papel de la Corporación de Reservas Estratégicas de Petróleo (CORES).

De conformidad con el artículo 100 de la LSH la Administración competente está autorizada para inspeccionar el cumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos en materia de seguridad y diversificación. Cuando la competencia corresponda a la AGE esta función se encarga a CORES.

La CORES ha sido creada por el artículo 52 de la LSH, como corporación de derecho público con personalidad jurídica propia, que actúa en la totalidad de sus actividades en régimen de derecho privado, cuyo objeto exclusivo es precisamente constituir, mantener y gestionar las reservas estratégicas y controlar de las existencias mínimas de seguridad del sector de hidrocarburos, tanto líquidos como gaseosos⁶³⁸ (art. 100 y 52 LSH; 22.) RD 1716/2004). En el ejercicio de su actividad, CORES está sujeta a la tutela de la AGE que la ejerce a través del MITC.

El artículo 4 e) RD 1716/2007, por su parte, dispone, de manera general, que entre la CORES y la Administración competente se establecerán los «cauces oportunos de comunicación de información que resulten necesarios para el mejor desarrollo de las competencias y funciones respectivas».

⁶³⁸ Así fue establecido mediante el RD-L 6/2000, que adicionó un segundo párrafo al artículo 100 a este efecto.

CAPÍTULO QUINTO.

EL RÉGIMEN DE ACCESO DE TERCEROS A LAS REDES DEL SISTEMA GASISTA

I. Planteamiento general. Delimitación del tema

Una vez analizadas las actividades que se desarrollan en el sector, corresponde ahora estudiar el funcionamiento del sistema, es decir, la forma propuesta para llevar a cabo la integración de dichas actividades a través de la articulación de los derechos y obligaciones de los sujetos que actúan en el mismo, encaminados a la realización efectiva del suministro del GN. Se trata de un régimen de actuación delimitado en el que el ejercicio del derecho de utilización de las redes requiere la especificación de los procedimientos y requisitos que deben cumplirse para lograr un eficiente funcionamiento del sector en su totalidad. Se generan aquí, por tanto, nuevos derechos y obligaciones para los sujetos, particularmente relativos al ejercicio de su derecho de acceso o a su obligación de dar acceso. El tema de análisis de este capítulo es el régimen del ATR del sistema gasista.

No obstante, antes de entrar en el estudio del procedimiento para el ejercicio del ATR, se plantean algunas cuestiones preliminares sobre ciertos aspectos importantes, tales como, la naturaleza jurídica del ATR, las formas de intervención de las Administraciones en la configuración y establecimiento de esta técnica, la desaparición de la reversión de las instalaciones y, como consecuencia, el tema de la propiedad de las infraestructuras del sector. Además se detalla la normativa comunitaria europea, que en esta materia, ha puesto mucho énfasis a través del llamado «Foro del Gas Madrid» dado que, como se verá, el ATR constituye la clave del proceso de liberalización. También se hace referencia a otras técnicas como la denominada «autorregulación», como una manifestación de la gestión privada de mercados de interés económico general.

Los informes y resoluciones de la CNE, que se han ido elaborando a lo largo de la existencia del sistema, son determinantes para el estudio de este tema. A través de éstos se puede realizar una lectura sobre la evolución de la regulación del ATR y consecuentemente de todo el sistema.

II. La normativa comunitaria vigente sobre el ATR aplicado al sector gasista

El acceso de terceros a las redes y los temas relacionados con éste -interconexión de las redes, interoperabilidad del sistema y tarifas- son cuestiones de las que los órganos comunitarios se han ocupado de manera especial, y junto con las normas sobre seguridad del suministro ha trascendido las normas de la Directiva del Gas, lo que demuestra la relevancia del mismo a los efectos de funcionamiento del sistema en régimen de libre competencia. El denominado «Foro del Gas Madrid» ha sido el encargado de esta labor que, después de algunos años, ha tenido un resultado concreto: la promulgación del Reglamento CE núm. 1775/2005, de 28 de septiembre de 2005, sobre condiciones de acceso de terceros a las redes de transporte de gas natural. A continuación, se detalla el contenido de las normas sobre ATR en los citados instrumentos normativos, así como el papel del «Foro del Gas de Madrid».

1. El Acceso de Terceros a las Redes y las Directivas del Mercado interior del Gas

En primer término, hay que mencionar que en relación con el ATR son pocas las modificaciones que la Directiva del Gas introduce con respecto a su predecesora de 1998, pese a que, en efecto, entre los principales obstáculos para la realización del mercado interior se han identificado las dificultades relacionadas con el acceso a la red y la interoperabilidad entre sistemas⁶³⁹. En la Directiva se reconoce, simplemente, que: «Para que la competencia funcione correctamente se requiere un acceso a la red no discriminatorio, transparente y a precios razonables» (Considerando (6) y (7) DG).

Sobre esta cuestión, la Directiva establece las normas de acceso mínimas pero además configura un sistema de interconexión⁶⁴⁰ europea de las redes, que está relacionado con

⁶³⁹ En el Informe sobre el progreso en la creación del mercado interior del gas y de la electricidad reconoce que «La carencia más importante y persistente es la falta de integración entre mercados nacionales. Los indicadores clave a este respecto son la falta de convergencia de precios en toda la UE y el escaso comercio transfronterizo. Esto se debe, por lo general, a la existencia de obstáculos para el acceso, al uso inadecuado de las infraestructuras existentes (...)» Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, COM (2005) 568 final, de 15 de noviembre de 2005.

⁶⁴⁰ Con el término «interconexión» se hace referencia a los enlaces internacionales de las redes. CABALLERO SÁNCHEZ, R., *Las infraestructuras...*, op. cit., p. 352.

el de las redes transeuropeas. Sin embargo, en lo concerniente a este tema se ha limitado, básicamente, a lo referido al impulso de su construcción⁶⁴¹.

En el orden de la cadena del gas, con respecto a lo que se denomina como «red previa de gasoductos», es decir, todos aquellos gasoductos o redes de gasoductos construidos o explotados como parte de un centro de producción de gas, o los utilizados para transportar GN de uno o más de dichos centros a una planta o terminal de transformación o una terminal final costera de descarga, la DG no modifica lo establecido en su antecesora. Tratándose de dichas instalaciones, la DG otorga la posibilidad a los Estados miembros de adoptar las medidas necesarias para garantizarlo, poniendo en práctica «objetivos de acceso justo y abierto, consecución de un mercado competitivo de gas natural, evitación de abusos de posición dominante, atención a la seguridad y la regularidad del suministro, la capacidad que está disponible o pueda estarlo en condiciones razonables y la protección del medio ambiente» (art. 20.2 DG). A ese efecto, debe tener en consideración situaciones como la necesidad de denegar el acceso por razón de incompatibilidad de especificaciones técnicas que no sean subsanables de forma razonable, así como la necesidad de evitar dificultades que puedan ir en menoscabo de la producción eficiente, actual y prevista debido a necesidades razonables que se justifiquen debidamente, por parte de quien explota la red en cuestión, y, finalmente, la necesidad de aplicar procedimientos administrativos propios de cada Estado para el otorgamiento de autorizaciones para la «producción o el desarrollo de las fases previas del proceso» (art. 20.2. DG).

En cuanto a la resolución de conflictos se refiere, la DG ordena el establecimiento de mecanismos que permitan una solución rápida del ATR, para lo cual propone la configuración de una autoridad independiente de las partes. En el caso de conflictos transnacionales, dispone la ejecución del mecanismo de solución establecido en el Estado miembro donde tenga lugar el conflicto y la concertación entre los Estados miembros por los que discurra la red, en su caso, a efectos de garantizar la aplicación de las disposiciones de la Directiva (art. 20.3 y 4 DG).

⁶⁴¹ Vid. Decisión núm. 1364/2006/CE del Parlamento y del Consejo por la que se establecen orientaciones sobre las redes transeuropeas del sector de la energía y por la que se derogan la Decisión núm. 96/391 CE y 1229/2003/CE.

La Directiva trata el acceso a las redes de transporte, distribución y a las instalaciones de GNL de manera diferenciada con respecto a las instalaciones de almacenamiento reiterando, sólo para este último tipo de instalaciones, la posibilidad de utilizar un sistema de acceso negociado, regulado o ambos (art. 19.2 DG). Esta es una de las cuestiones que se ha venido a transponer con la última reforma introducida por la Ley 12/2007 a la LSH, como se verá más adelante. Sin embargo, debe destacarse que la existencia de un sistema de acceso negociado a los almacenamientos no es una obligación pues la Directiva admite que coexistan ambos, o sólo uno. En la normativa nacional, como se verá, se da el primer caso.

En relación con las causas de denegación del acceso para el resto de las redes del sistema, la DG no introduce ninguna variante. Dichas causas son, casi literalmente, las establecidas en la LSH, por esta razón su estudio se deja para el apartado sobre este tema específico.

Por otra parte, hay que señalar que, inicialmente, el gestor técnico no era una figura comprendida en la DMIGAS. Se hablaba individualizadamente de las empresas de conducción, almacenamiento, GNL y distribución. La DG, como novedad, propugna la designación de gestores de las redes de transporte y distribución e incluso de almacenamiento y red de GNL. Pueden ser uno o varios. Estos gestores deben ser nombrados, de acuerdo con la Directiva, por las propias empresas o por el respectivo Estado miembro, en función de criterios de eficacia y equilibrio económico (arts. 7 y 11 DG). Si bien, les atribuye las mismas funciones que la DMIGAS atribuía a las antes denominadas «empresas de conducción y de distribución», e incluye los criterios mínimos que deben aplicarse con respecto a la separación de dichas empresas. En ese sentido, para ambos casos, tanto para el gestor de la red de transporte como de distribución, en el supuesto de que formen parte de una empresa verticalmente integrada, establece el requisito de independencia respecto de las demás actividades no relacionadas con el transporte o la distribución, «al menos en lo que se refiere a la personalidad jurídica, la organización y la toma de decisiones» (arts. 9 y 13 DG). En este sentido, se introdujeron modificaciones al artículo 63 de la LSH para ajustarlo a la Directiva, como se vio en el capítulo anterior.

Este nuevo actor, en principio, no tiene por qué implicar modificaciones al sistema ATR actualmente planteado en la LSH, puesto que la DG no exige la diversidad de gestores, de manera que ENAGAS, dentro del marco de la Directiva, cumple las condiciones necesarias para continuar siendo el gestor de la red de transporte. Con respecto a las redes de distribución, en la medida en que el artículo 15 de la DG introduce la posibilidad de un gestor de red combinada, dentro de ciertos límites. Este es el caso de la LSH que por tanto, se encuentra ajustada a la DG. En términos generales, este es el contenido de la Directiva en materia de ATR, el cual ha servido de base para los análisis más amplios y detallados del «Foro del Gas Madrid».

2. El Foro del Gas Madrid. Las Directrices de buenas prácticas.

El citado foro, con sede en Madrid⁶⁴², es un espacio de estudio, análisis y discusión de temas referidos a la aplicación de las Directivas del Gas y, más específicamente, a los aspectos relativos al ATR y a la tarificación de los servicios que se prestan en el sistema. El Foro está dirigido por la Comisión Europea. En él participan representantes de las autoridades reguladoras de los Estados miembros⁶⁴³, de los Gobiernos, de las empresas que actúan en el sector, de los gestores de las redes de transporte y distribución y de los consumidores. La primera reunión del Foro tuvo lugar en 1999 y desde entonces continúa reuniéndose una o dos veces al año⁶⁴⁴.

Los debates en el seno del foro han tenido como objeto diversos temas, de entre los cuales, a los efectos de este estudio, interesa destacar los que han logrado concretarse en instrumentos jurídicos de aplicación obligatoria. De ahí que, sin desconocer el hecho de

⁶⁴² Sobre las actividades de este Foro, vid. DEL GUAYO CASTIELLA Y ARIÑO ORTIZ, G., «Liberación y competencia en el sector del gas. Balance 1998-2003» en *Privatizaciones y...*, op. cit., p. 9 y ss. Ambos autores participan en el foro, el Prof. Ariño Ortiz ocupa la Presidencia académica del Foro, por lo que dan cuenta, de primera mano, de sus actividades. La 12ª reunión del Foro se llevó a cabo en febrero de 2007.

⁶⁴³ La CNE ha tenido una participación singular en la organización de este Foro, dado que ambas sedes coinciden en su ubicación geográfica, lo cual ha sido destacado y agradecido por el propio Foro en su 10ª Reunión celebrada, los días 15 y 16 de septiembre de 2005.

⁶⁴⁴ A partir del segundo foro se ha dejado constancia del trabajo realizado en el mismo, a través de sus «conclusiones» las cuales están disponibles en la página web de la Unión Europea: europa.eu.int/comm/energy/gas/madrid/index_en.htm

que las conclusiones de este Foro son, en gran medida, las que impulsan las reformas en el sector, por ahora, hay que destacar especialmente las denominadas «Directrices de buenas prácticas» aprobadas como anexos a las conclusiones de Madrid V, efectuado los días 7 y 8 de febrero de 2002. Estas Directrices constituyen un resultado concreto de su trabajo, que se ha ido consolidando a través de las reuniones de los años posteriores hasta ser recogidas en el Reglamento CE núm. 1775/2005, que se estudia en el siguiente epígrafe.

Adicionalmente, debe subrayarse que el Foro del gas ha servido de escenario para el acercamiento de posiciones con países, como Rusia⁶⁴⁵ o Argelia⁶⁴⁶, que pese a no ser miembros de la UE juegan un papel estratégico en el ámbito de la energía, dada la cantidad de recursos energéticos que poseen y su condición de proveedores de la Unión Europea.

3. El Reglamento (CE) núm. 1775/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de septiembre de 2005, sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural.

Según se expone en su considerando (1) la DG ha contribuido notablemente al avance del mercado interior del gas natural, pero se hace necesario «introducir cambios estructurales en el marco normativo para afrontar las barreras que siguen obstaculizando la plena realización del mercado interior, en especial en lo que respecta al comercio del gas. Se requieren normas técnicas adicionales, en particular relativas a los servicios de acceso de terceros, los principios del mecanismo de asignación de capacidad, los procedimientos de gestión de la cogestión y los requisitos de transparencia». Nótese, sin embargo, que el ámbito de aplicación del Reglamento⁶⁴⁷ está referido exclusivamente a

⁶⁴⁵ Los representantes de la Federación Rusa (Gazprom y Gazexport) participaron, por primera vez, en el VI Foro del Gas Madrid, llevado a cabo durante los días 30 y 31 de octubre de 2002 y en la sucesiva reunión de 24 y 25 de septiembre de 2003.

⁶⁴⁶ Una representación del Ministerio de Energía y Minas de Argelia así como, empresas del sector industrial del gas de Argelia, participaron en la 8ª reunión del Foro, realizado los días 8 y 9 de julio de 2004.

⁶⁴⁷ Este Reglamento entró en vigor a los veinte días de su publicación pero es aplicable a partir del 1 de julio de 2006, con excepción de lo establecido en su artículo 9.2 que es aplicable a partir del 1 de enero de 2007. (DOCE L núm. 289, de 3 de noviembre de 2005).

las «redes de transporte de gas natural», es decir, no incluye ni las «redes previas de gasoductos», ni los gasoductos de distribución, según la propia definición de «transporte» establecida en el artículo 2 1.1) del Reglamento en estudio.

En ese orden de ideas, su objetivo principal, según su artículo 1 es: «establecer normas no discriminatorias sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural, teniendo en cuenta el carácter específico de los mercados nacionales y regionales, con el fin de garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior del gas.» Se pretende ofrecer una garantía mínima de condiciones de acceso al mercado, por tanto, se considera necesario establecer normas, con carácter obligatorio, y directamente vinculantes. La intención fundamental de este Reglamento es promover los intercambios intracomunitarios.

Si bien es cierto, el objetivo planteado abarca también aspectos relativos a las tarifas de acceso a las redes –tema del capítulo VI-, el Reglamento señala que en el estado actual del mercado interior de la energía se requiere el establecimiento de normas técnicas relativas a los servicios de ATR. Más específicamente, sobre los principios del mecanismo de asignación de capacidad, los procedimientos de gestión de la congestión y los requisitos de transparencia en la información sobre el sistema, pues considera que en la práctica debe ofrecerse una garantía mínima de igualdad de condiciones de acceso al mercado, por lo que es necesario establecer normas obligatorias (Considerando (2) y (3)).

El anexo a este Reglamento contiene las directrices sobre diferentes cuestiones: los servicios de acceso de terceros, los principios que rigen los mecanismos de asignación de capacidad, los procedimientos de gestión de la congestión y su aplicación en caso de congestión contractual; y, la definición de la información técnica mínima necesaria para que los usuarios de la red puedan acceder efectivamente al sistema, así como la definición de todos los puntos pertinentes y calendario de publicación de la misma. La aplicación de este Reglamento ya se observa en las prácticas de este sector.

Tanto la normativa contenida en este Reglamento (CE) 1775/2005 como en la DG, se han transpuesto a la legislación nacional en los términos en que se expone a continuación.

III. La naturaleza jurídica del sistema de acceso de terceros a las redes. La eliminación de la reversión de las instalaciones. Consideraciones preliminares.

En el marco de la liberalización, y como lo establece la propia exposición de motivos de la LSH: «La separación entre la propiedad de la infraestructura de transporte y el servicio que dicha infraestructura presta y la progresividad en este proceso de separación son las dos herramientas que, al igual que la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, la presente Ley utiliza para transformar el panorama de la industria del gas natural.» Este nuevo régimen que se quiere imponer está apenas en proceso de construcción, y aunque la doctrina desde hace unos años viene apuntando algunos de sus rasgos esenciales⁶⁴⁸, aún quedan diversas cuestiones por definir y configurar a partir de las peculiaridades de cada sector.

En efecto, el sistema de ATR ya no es una novedad, sin embargo, determinar su naturaleza jurídica o su encaje dentro de las técnicas de intervención como mecanismo para introducir competencia no resulta sencillo⁶⁴⁹. A los efectos de este estudio se entenderá como una técnica que viene impuesta por el Derecho Comunitario⁶⁵⁰ y cuyo régimen se articula desde las Administraciones nacionales con la principal finalidad de

⁶⁴⁸ ARIÑO ORTIZ, G., «Sobre el significado actual de la noción de servicio público (hacia un nuevo modelo de regulación)», en *El nuevo servicio público*, UAM, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 30-31. Apunta tres características: 1. Gestión autónoma, empresarial no burocrática, 2. Necesidad de un estatuto jurídico de las redes y acceso de terceros; 3. Ruptura con el régimen tradicional de derecho de la propiedad, separando propiedad y uso, dando paso a un nuevo tipo de propiedad vinculada por su destino, por su uso y no por su titularidad.

⁶⁴⁹ En opinión de, DE LA CRUZ FERRER, J., es la «técnica de imponer sobre todos los agentes del sistema obligaciones de servicio público», *La liberalización...*, op. cit., p. 378; o, NEBREDÁ PÉREZ, J. M., «Realmente, el ATR no es sino una «servidumbre de paso de energía eléctrica» en sentido estricto, siendo el predio sirviente la red por la que circula la energía y los predios dominantes las redes de origen y destino, o los centros de producción y las instalaciones interiores de los clientes, siempre que se nos permita la ficción, en absoluto excesiva, de que las redes, las instalaciones de producción y las instalaciones interiores sean consideradas inmuebles.» en «La liberalización de las actividades eléctricas de distribución y comercialización», *Competencia y Sector Eléctrico: un nuevo régimen jurídico*. Unión Fenosa-Civitas-Unesa, Madrid, 1998, p. 242.

⁶⁵⁰ En este sentido, CABALLERO SÁNCHEZ, R., «El mecanismo conocido como acceso de terceros a la red (...) es una técnica adoptada por el Derecho Comunitario para introducir competencia entre operadores a través de redes unitarias» *Infraestructuras en red...*, op. cit., pp. 332-333.

asegurar la prestación de un servicio de interés económico general⁶⁵¹, a partir de un régimen de derechos y obligaciones establecidos de manera objetiva e imperativa⁶⁵² a sujetos que entablan relaciones en el marco del derecho privado y que tienen como sustrato físico, infraestructuras en régimen de titularidad privada. El ATR es la clave del funcionamiento del mercado⁶⁵³.

La efectiva realización del suministro en las condiciones señaladas en el capítulo anterior, se hace posible, en el nuevo marco regulatorio establecido por la LSH, gracias al sistema de ATR regulado, cuyos antecedentes en el caso del sector del GN, ya fueron referidos en el capítulo primero de este estudio⁶⁵⁴.

Como es bien sabido, dicho sistema de acceso ha implicado, ciertamente, el planteamiento de cuestiones trascendentales en torno a instituciones jurídicas

⁶⁵¹ Al respecto, TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ-CONDE, J., «El acceso de terceros a la red se concibe como una obligación de servicio público por la Directiva de la Unión Europea, lo que comporta la necesidad de establecer un responsable del cumplimiento de la obligación, al tiempo que un garante de la necesaria independencia que el responsable debe tener de los distintos agentes del sistema, para evitar la posibilidad de abuso de la posición dominante derivado de la titularidad de la red que, al fin y al cabo, es el elemento físico que podría constituir el monopolio natural.», en *La liberalización eléctrica en España: aspectos básicos...*, op. cit., p. 55.

⁶⁵² Como señala CABALLERO SÁNCHEZ, R., «(...) en especial, las tarifas en que se puede acceder al uso y explotación parcial de las instalaciones esenciales de titularidad de un tercero, de manera que pueda verse forzado a celebrar un contrato con un tercer operador que cumpla los requisitos.» *Infraestructuras...*, op. cit., p. 334.

⁶⁵³ Al respecto, aunque referido al sistema eléctrico, MUÑOZ MACHADO, S., «Teniendo en cuenta el carácter de monopolios naturales que tienen indiscutiblemente las instalaciones de transporte y distribución de electricidad, es imprescindible facilitar el acceso en condiciones transparentes y objetivas a las mismas para que sea posible el funcionamiento del mercado.» En «*Servicio público y mercado. Sistema Eléctrico*», Civitas, Madrid, 1998, p. 145; o muy expresivamente, ARIÑO ORTIZ, G., «la cruz del sistema, es y será el régimen de acceso de terceros a la red (ATR). Si este se niega o desaparece, desaparece el mercado y la competencia. Lo demás son palabras» en «El mercado único de la energía: los sectores del gas y la electricidad», *Noticias CEE*, núm. 100, 1993, p. 13; también puede verse en el mismo sentido, ESTELLA DE NORIEGA, A., «La ejecución en España de la Directiva 98/30, relativa a la liberalización del sector del gas natural», *RAP*, núm. 57, 2002, p. 407.

⁶⁵⁴ Conviene recordar aquí la opción de elección entre los dos sistemas de acceso a la red propuestos, inicialmente por la Directiva del Gas. Estos son: el acceso negociado y el acceso regulado, con el fin de salvar el posible obstáculo que podría representar el hecho de la existencia de una diversidad de estructuras y especificidad de redes en los Estados miembros. El acceso negociado, construido sobre la base de acuerdos comerciales voluntarios entre las empresas de gas natural y los clientes cualificados que se encuentran fuera o dentro del territorio que abarque la red interconectada. Con la única obligación por parte de las compañías del sector de publicar las principales condiciones de uso de la red, una vez al año (art. 15). El acceso regulado, la opción elegida por los legisladores españoles, con arreglo a tarifas publicadas y condiciones de utilización de la red (art. 16).

tradicionales tales como la obra pública y el dominio público⁶⁵⁵. Y el sistema del GN no está exento de ellas, –con todas las implicaciones que ello pueda tener y de hecho tiene⁶⁵⁶– pues es un ejemplo típico de las llamadas «infraestructuras en red», hasta ahora consideradas obras públicas dado ese ligamen existente entre el dominio público, el uso y el servicio público, al que se ha hecho referencia en el capítulo primero⁶⁵⁷. Profundizar en estos temas llevaría demasiado lejos del objeto de estudio, de manera que, partiendo de la realidad actual del sector del gas, se plantea únicamente una cuestión con respecto a estos aspectos que se considera trascendental: el traslado de la titularidad de las infraestructuras del sistema gasista, pública a privada, que se ha operado como resultado de la privatización, la despublificación y la consecuente liberalización del sector, y más concretamente, por la desaparición de la reversión que es un hecho trascendental y que determina importantes circunstancias sobre la planificación y el funcionamiento del sistema, y consecuentemente, sobre la prestación del servicio.

Según se estudió, las instalaciones de las redes de transporte que conforman la red básica son de titularidad privada, habiéndose trasladado la principal empresa, ENAGAS, S. A.; y, aunque durante los últimos años se han construido instalaciones cuya titularidad es de otras empresas y considerando que la DA sexta de la LSH en su punto 2, al proclamar la sustitución de las concesiones por las autorizaciones señala que: «Las citadas autorizaciones lo serán por tiempo indefinido quedando expresamente

⁶⁵⁵ Vid. por todos, CABALLERO SÁNCHEZ, R., *Infraestructuras...*, op. cit., p. 454.

⁶⁵⁶ En opinión de este sector de la doctrina, al despublificarse el sector, la infraestructura que le sirve de sustrato material deja de constituir un bien demanial como hasta ahora venía siendo, aunque ello no signifique que deje de estar regulada, perdiendo con ello esos rasgos característicos de inalienabilidad, inembargabilidad, e imprescriptibilidad. ARIÑO ORTÍZ, G., «El dominio público deja de ser tal y dichas instalaciones o equipamientos, sin dejar de ser «cosas públicas», en cuanto que están abiertas a un uso público regulado, pueden ser de titularidad privada (...) lo cual demuestra que la identidad infraestructura-dominio público es escindible, sin que de ello se deriven perjuicios para los ciudadanos, sino todo lo contrario» en «Infraestructuras...», «Instalaciones...», REDETI, op. cit., p. 39.

⁶⁵⁷ En el llamado «nuevo derecho de las infraestructuras», ante la circunstancia de que su titularidad se ha trasladado a manos privadas aún cuando siguen soportando cargas relativas a los «servicios de interés económico general», algún sector de la doctrina las ha calificado como bienes patrimoniales de titularidad privada, afectos al uso público. Al respecto, VILLAR ESCURRA, J. L., «Las infraestructuras públicas: viejos y nuevos planteamientos», en *Nuevo derecho de las infraestructuras*, Montecorvo, S. A., REDETI, Madrid, 2001, p. 82-84.

extinguida la reversión de las instalaciones, a las que se refiere el artículo 7. c), de la Ley 10/1987, de 15 de junio»⁶⁵⁸. Esto implica que, aparte de otras consideraciones de carácter más bien económico, y que por ello se dejan para el siguiente capítulo, a partir de este momento una vez transformada la concesión en autorización, las infraestructuras gasistas quedan en manos privadas. Dada esta circunstancia y subsistiendo la obligación, regulada en la propia LSH, de seguir asegurando la prestación de un servicio considerado básico para la sociedad, y que por lo tanto debe prestarse en condiciones de igualdad, regularidad y continuidad, se hace necesario crear un régimen que garantice el derecho de acceso a los operadores económicos, con base en reglas «objetivas, transparentes y no discriminatorias» como lo establece la Directiva del gas⁶⁵⁹. Un estatuto que trascienda el acceso que a través de acuerdos negociados se pretendía lograr con el sistema anterior.

Partiendo de los elementos del régimen jurídico del sistema estudiados hasta ahora, surge la duda sobre si la opción elegida ha sido la mejor, por las razones que se explican a continuación. No hay que olvidar que ni la legislación originaria ni, más específicamente, las Directivas del mercado interior del gas, en aplicación de los principios de neutralidad y subsidiariedad, se pronuncian sobre este aspecto, dejando libertad a los Estados Miembros en su elección. De ahí que, aunque para un sector de la

⁶⁵⁸ Este inciso señalaba que las instalaciones afectadas a cada concesión revertirían a la Administración concedente al término del plazo por el que hubiera sido concedida, que no podía exceder de 75 años y establecía que las Entidades Locales, haciendo uso de su derecho de asumir la titularidad del servicio, podían comparecer en un nuevo procedimiento de otorgamiento de la concesión, transfiriéndosele, a ese efecto las instalaciones a la correspondiente Entidad local (art. 7 c) de la Ley del Gas). Esta especie de derecho de preferencia que tenía la Entidad local, quedó reducido a nada, cuando era llevado a cabo por empresas privadas, con la extinción de la reversión de las instalaciones. Y para acabar con la historia del suministro de GN por las Entidades Locales, la LSH en su DD única, inciso e) deroga, «El artículo 86.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril y disposiciones concordantes, en lo que se refiere al suministro del gas.» El citado artículo establecía la reserva a favor de las Entidades Locales del servicio en estudio.

⁶⁵⁹ Al respecto, TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ-CONDE, «La Ley de Hidrocarburos no persigue eliminar la posición cuasi-monopolística de GAS NATURAL en los mercados del gas, sino únicamente prevenir del abuso de la misma, de modo que resulte potencialmente posible la entrada de competidores en el mercado de suministro de gas natural, al quedar legalmente garantizado, salvo circunstancias excepcionales, el acceso a la red», en «La liberalización del mercado energético: Incidencia en el ámbito jurídico de las energías primarias» en, *Regulación Sectorial y competencia*, CIVITAS, Madrid, 1999, p. 209.

doctrina la titularidad de las infraestructuras no es un elemento relevante⁶⁶⁰, cabe cuestionarse la conveniencia de haberlas conservado en manos públicas⁶⁶¹, al menos por un período de tiempo más, básicamente por dos razones. En primer lugar, porque no todas las infraestructuras en red soportan la introducción de competencia, es decir, aquéllas cuya condición de monopolio natural no se ha superado con la aplicación de las técnicas existentes -al menos no todavía-; y, en segundo lugar, porque hay instalaciones en las que, aún cuando son susceptibles de introducción de competencia, como es el caso de las plantas de regasificación, por su trascendental papel para el funcionamiento del conjunto del sector a los efectos del cálculo de la capacidad total del sistema, se incluyen dentro de la planificación obligatoria; es decir, no por la condición de la instalación, que como se dijo puede ser explotada en competencia, sino por su función en el sistema⁶⁶². En la situación de transición actual, y sin perjuicio de que las condiciones del sistema y los resultados del avance del proceso hacia la libre competencia lo faciliten, casi diez años después de su inicio, aún parece más recomendable consolidar primero determinados aspectos del régimen, antes que poner en peligro la totalidad del mismo. Se deja así simplemente planteado.

IV. El Acceso de Terceros a las Redes en la LSH. Las dificultades para su puesta en práctica.

La configuración y puesta en práctica del sistema de ATR una vez eliminada la reserva en el sector del GN, ha sido un proceso largo y escalonado que se inició incluso antes de

⁶⁶⁰ ARIÑO ORTIZ, G., «Lo importante ahora no es tanto la titularidad del bien, (puede ser pública o privada), si no el régimen jurídico de uso y destino (esto es, su afectación), que impone el libre acceso de todos, su gestión imparcial y no discriminatoria, en los términos y condiciones que cada infraestructura requiera», en «Instalaciones...», *REDETI*, op. cit., p. 39.

⁶⁶¹ En este sentido, se pronuncia FUERTES, M., *Redes inalámbricas municipales. Un nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 47-52. También, CABALLERO SÁNCHEZ, R., *Infraestructuras...*, op. cit., p. 116.

⁶⁶² Se trata más bien de aspectos objetivos, que trascienden incluso las ideologías de los Gobiernos, como se demuestra con el hecho de que durante la anterior Administración el Ministro encargado se pronunció en el sentido de mantener todas las instalaciones en manos de una sola empresa y la Administración actual, con base en las recomendaciones de la CNE, las ha incluido en la planificación obligatoria. También debe considerarse que, en el fondo, los cambios han sido menores que los que se pretendía. La encargada de realizar las infraestructuras continúa siendo ENAGAS, en un procedimiento de adjudicación directa.

la promulgación de la LSH, pero cuya eficacia real es significativamente posterior. En efecto, es el ATR el que realiza la apertura de las redes y consecuentemente, el primero que se desarrolló reglamentariamente. No obstante, tal reglamentación era una condición necesaria pero no suficiente para su efectiva utilización, ya que no se habían completado todos los presupuestos fácticos indispensables a ese efecto. Por el contrario, esto entrañaba algunos riesgos que en su momento, no parecen haber sido considerados⁶⁶³.

1. Los presupuestos necesarios para la aplicación del ATR en el sector del GN

Originalmente, la LSH formula un sistema de ATR regulado mediante la definición del estatuto jurídico de sus actores y crea una incipiente función de gestión técnica del sistema y un comité de seguimiento del mismo. Asimismo, remitió a desarrollo reglamentario las condiciones de ATR, las obligaciones y derechos de los sujetos implicados, así como los criterios de los contratos que deben celebrarse para llevarlo a cabo (art. 70.2 y 76.3 LSH). Posteriormente, el RD-L 6/2000 moldea mejor algunos aspectos del sistema de ATR, definiendo entre otras cuestiones primordiales, la figura del gestor técnico y sus funciones –como se señaló en el capítulo V-. Sólo hasta que se hubo hecho esto, fue posible proceder a desarrollar las previsiones reglamentarias previstas en la LSH sobre este tema.

En efecto, como se mencionó antes, siendo el ATR la clave de la liberalización del sistema⁶⁶⁴, el objeto del primer desarrollo reglamentario de la LSH que se elaboró fue, precisamente, el ATR. Una vez definidas las líneas generales que debían abordar las NGnTS, y designado el Gestor del mismo, dicha reglamentación se efectuó a través del RD 949/2001, por el que se regula el acceso de terceros a las redes y se establece un

⁶⁶³ Probablemente, la necesidad de ajustarse a la Directiva comunitaria ha tenido como consecuencia que la normativa reguladora del sistema de ATR se ha caracterizado desde sus inicios por tener objetivos demasiado ambiciosos en contextos en los que no se daban las condiciones necesarias para su efectiva puesta en práctica.

⁶⁶⁴ Como ha señalado, TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ-CONDE, J. «efectivamente sin la posibilidad de acceso de terceros a la red libre no pudiera producirse la competencia efectiva en el mercado al por mayor ni, por supuesto, la capacidad de libre elección en el mercado al por menor.», «Liberalización eléctrica en España: aspectos básicos de su regulación», en *Competencia...*, op. cit., p. 40.

sistema económico integrado⁶⁶⁵ (RD ATRSEI) del sector del GN. Con respecto a este último tema, de momento, sólo ha de mencionarse aquí que, el precio por el uso de las instalaciones se determina por un peaje aprobado por el Gobierno. El sistema económico es el tema del siguiente capítulo.

Por otro lado, hay que recordar que a la fecha de entrada en vigencia de la LSH ya estaba en vigor un sistema de ATR, el establecido por el RD 1914/1997. De conformidad con la DD Única de la LSH, tal sistema de acceso de terceros continuó vigente en todo lo que no se opusiera a lo dispuesto por ésta. De manera que, la ausencia de desarrollo reglamentario de la LSH no implicaba la inexistencia de una normativa que regulara el ATR y por tanto, su puesta en práctica. Sin embargo este desfase no sin los problemas propiciaba en la práctica sobre diversos aspectos tales como el que se anotó en el capítulo primero relativo a los efectos del aseguramiento del equilibrio económico, que se debía garantizar a los operadores históricos.

El RD ATRSEI, entre otras cuestiones, ratifica la elección por el sistema de ATR regulado y simplifica el procedimiento a seguir para solicitar y contratar dicho acceso. En otras palabras, configura un nuevo sistema más adaptado al nuevo marco regulatorio en el cual se genera, adecuándolo a la nueva clasificación de las redes del sistema y a los sujetos con capacidad para contratar el acceso, así como, incorporando algunos aspectos cuya regulación, o más bien la falta de ésta, bajo la vigencia del citado RD 1914/1997, habían sido puestos en evidencia a través de los distintos informes de la CNE, fiel reflejo de las situaciones fácticas que se presentaban en el sector.

Ciertamente, el hecho de contar con un antecedente o al menos con alguna experiencia sobre la aplicación del ATR en el sector, podía haber sido un factor que agilizara la elaboración de la normativa reglamentaria relativa al tema, pero en la práctica, la situación fue otra. Al no estar concretados todos los elementos del sistema creado por la LSH su puesta en marcha se dificultó bastante. Dada la parcialidad de las reformas introducidas a ésta, sumadas al hecho de que no se efectuaron con la misma velocidad

⁶⁶⁵ Este Real Decreto, en teoría, debía establecer el Sistema Económico Integrado del Sistema Gasista, puesto que como señala su exposición de motivos, se da cumplimiento a lo dispuesto por el art. 8 del Real Decreto-Ley 6/2002, de 23 de junio, que establece el plazo de 6 meses para aprobar el citado sistema.

todas las modificaciones que el sector requería para que se cumplieran los presupuestos necesarios para hacerlo posible. No es de extrañar que, en ese contexto, se observaran consecuencias contraproducentes, incluso puede decirse que se crearon lagunas en la regulación que pudieron haber afectado temporalmente la seguridad jurídica de los sujetos del SG⁶⁶⁶. El ejemplo más expresivo de ello es el relativo a la aplicación de la regulación sobre la separación del accionariado de ENAGAS, que como encargada de la gestión técnica del sistema, en principio, vendría a garantizar su objetividad e independencia para efectuar dicha función. El proceso de separación accionarial estipulado para esta empresa se practicó más lentamente de lo requerido, y ello tuvo su reflejo en los conflictos sobre ATR que se promovieron en el sector⁶⁶⁷, y en el hecho de que mientras no se normalizó la situación hubo poca actividad nueva, en términos del incremento de actores en el mismo.

En efecto, los conflictos de ATR que se resolvieron bajo la vigencia del RD 1914/1997 estaban referidos básicamente a aspectos relativos a la interpretación de cuestiones formales, a lagunas en la regulación o a la ausencia de la misma, pasando las cuestiones de fondo a ser más bien instrumentales⁶⁶⁸. Por otra parte, el sistema de ATR implicó la

⁶⁶⁶ En el conflicto de acceso a la red de transporte instado por Enron España Energía, S. L., uno de los primeros conflictos de acceso planteados ante la CNE, ésta se pronunció en el sentido de que: «Precisamente uno de los problemas que puede haber sido el origen tanto del presente conflicto, como en general de las relaciones entre las nuevas empresas comercializadoras de gas y el Gestor técnico del sistema, es la actual carencia de reglamentación. La inexistencia de normativa adecuada, ha supuesto un elemento de confusión para todos los agentes implicados.» Resolución en el procedimiento de acceso a la red de transporte CATR 2/2001, de 25 de mayo de 2001, p. 19.

⁶⁶⁷ Son diversos y no pocos los expedientes de conflictos de acceso a las redes en los que se alega la falta de transparencia y objetividad en las actuaciones llevadas a cabo por el gestor. Al respecto pueden verse, las resoluciones de la CNE relativas a los conflictos de acceso: CATR 7/2002, 10/2002 y 2/2002, instados respectivamente por ENI España comercializadora de Gas, S.A., Eléctrica Baix de Llobregat, S.L., Iberdrola Gas, S.A.U., contra ENAGAS, S.A., y CATR 4/2002 instado por Iberdrola Generación, S.A., frente a ENAGAS, S.A.

⁶⁶⁸ La propia CNE, en la Resolución CATR 2/2001, instado por Enron España Energía, S. L., frente a ENAGAS, S. A., pone en evidencia dicha situación: «De hecho, la reglamentación en cuanto a la formalización del derecho de acceso está establecida en el artículo 15 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía y sólo está regulada en cuanto a la remisión de una **petición formal** a los titulares de las instalaciones de gas, **sin especificar cómo debe hacerse, qué debe contener, cómo se debe concretar, por cuánto tiempo de permanecer vigente, a qué obliga, cómo ha de tramitarse, etc.** Por todo ello, incluso aceptando un criterio no explícito normativamente, pero implícitamente asumido por los agentes, como puede ser el cronológico en la asignación de capacidad, debido a la ausencia de normativa **existe una indefinición e imprecisión significativa en cuanto a la formalización del derecho de acceso.**» (la negrita es del original), p. 19-20.

modificación de algunos supuestos regulados en la LSH meramente formales, pero no por ello menos importantes, como por ejemplo, la clasificación de las redes, según se estudia posteriormente.

2. La gestión técnica del sistema de gas natural. Las Normas y su aprobación. -La autorregulación regulada-.

La gestión técnica del sistema es indispensable para el funcionamiento del mismo. No obstante, originalmente la LSH reguló este tema de manera muy incompleta. Baste con recordar, que sólo se abarcaron algunos aspectos alrededor de los cuales debían establecerse las NGnTS, pero no el encargado de llevarlas a cabo⁶⁶⁹. Consecuentemente, las reformas introducidas por el RD-Ley 6/2000, que es el que realmente determinó aspectos básicos sobre este tema, implicó un primer avance significativo en la regulación de este relevante elemento del sistema de ATR, entre otras cuestiones, porque designó como sujeto encargado de dicha labor al GrTS (ENAGAS).

Las NGTS, de acuerdo con el artículo 65.1 de la LSH, tienen «por objeto propiciar el correcto funcionamiento técnico del sistema gasista y garantizar la continuidad, calidad y seguridad del suministro de GN coordinando la actividad de todos los transportistas»⁶⁷⁰. En la propia página web del GrTS se señala que «constituyen uno de los pilares fundamentales para la articulación de la gestión técnica del Sistema Gasista, estableciendo relaciones entre los diferentes agentes que acceden al mismo y los

⁶⁶⁹ El antiguo artículo 65, hoy derogado por el RD-L 6/2000, señalaba «Para velar por la transparencia de las variables básicas del sistema, se crea un Comité de Seguimiento del Sistema Gasista, del que formarán parte los transportistas, los comercializadores y los consumidores». Difícilmente se comprende cómo podía pretenderse controlar, a través de un Comité de este tipo, siquiera las variables básicas de un sistema que requiere necesariamente de un coordinador que centralice la toma de decisiones de manera ágil, rápida y eficiente y que asegure su ejecución. Con otra perspectiva, este Comité se ha creado mediante el punto 9.7 (NGTS 9 «Operación Normal del sistema») de la Orden 3126/2005, de 5 de octubre por la que se aprueban las Normas de Gestión Técnica del Sistema). Este Comité, de acuerdo con la Norma, se reúne, con carácter general, bimestralmente y asisten representantes de todos los actores del sistema, de la DGPEM, de la CNE y atendiendo los asuntos a tratar, también del Operador del Sistema Eléctrico.

⁶⁷⁰ Nótese que la última frase solo hace referencia a los «transportistas», cuando en realidad la coordinación debe ser entre todos los sujetos del sistema. Esta omisión no ha sido subsanada con la Ley 12/2007.

correspondientes procedimientos de actuación, al objeto de asegurar la continuidad y la seguridad del suministro de gas en el Sistema Gasista»⁶⁷¹.

La gestión técnica del sistema es una labor compleja, que si bien se encarga fundamentalmente al GrTS, debe realizarse de manera coordinada con y por todos los actores del sistema. Asimismo, las NGTS deben ser elaboradas por el GrTS, en colaboración con el resto de los sujetos implicados. No obstante lo cual, el encargado de aprobar dicha normativa es el MITC, a través de la DGPEM, previo informe de la CNE (art. 65.1 LSH, art. 13 RD ATRSEI). Igualmente, el GrTS es el encargado de elaborar los protocolos de detalle de NGTS, que pueden ser modificados y deben ser aprobados por la DGPEM del MITC⁶⁷², los cuales son objeto de aplicación a todos los sujetos que accedan al sistema y a los titulares de las instalaciones (art. 13.2 RD ATRSEI).

Dicha normativa debe ser desarrollada por el GrTS de acuerdo con las funciones que le fueron encomendadas, que se estudian más adelante. La elaboración y, especialmente, la publicación de las NGTS, ha implicado un proceso lento. Pese a que, dentro del sector, se ha estado trabajando con más de 22 versiones de estas normas, las oficiales se han publicado 7 años después de la promulgación de la LSH, mediante Orden ITC/3126/2005, de 5 de octubre, vigentes a partir del 1 de noviembre de 2005⁶⁷³ (DF 3ª). Según se establece en la DT Única de la citada Orden los contratos en vigor deben adaptarse a la misma, «siendo de su aplicación lo dispuesto en ella desde su entrada en vigor con independencia de la adaptación o no del Contrato». Tal retraso, aunque puede resultar comprensible dada la complejidad y detalle de las normas, es también, sin duda,

⁶⁷¹ Página web: www.enagas.es. Por su parte, MARTÍNEZ-FALERO GARCÍA, B., las define como «el código de la operativa gasista, en el cual se regula desde las líneas generales establecidas para la regulación del acceso de terceros y su contratación hasta el más mínimo aspecto técnico relativo a las instalaciones y su operación, a la utilización por los usuarios (programaciones, balances, etc.) o al propio gas natural (calidad, medición, etc.)» «El gestor Técnico del Sistema», *Derecho de la Energía*, La Ley-ENDESA, Madrid, 2006, p. 576.

⁶⁷² Estos protocolos han sido aprobados mediante Resolución de 13 de marzo de 2006, de la DGPEM, por la que se establecen los protocolos de detalle de las Normas de Gestión Técnica del Sistema (BOE núm. 80, de 4 de abril de 2006).

⁶⁷³ En opinión de MARTÍNEZ-FALERO, GARCÍA, B., «Cabe suponer que desde la entrada en vigor de la Orden ITC/3126/2005 (...), en la actualidad, el marco legal del Sector Gasista es, del todo completo» «El gestor Técnico del Sistema», op. cit., p. 534.

criticable, puesto que la inexistencia de una publicación oficial de las mismas, pese a las continuas reformas que puedan sufrir, es causa de inseguridad en el sistema. De ahí que, el mecanismo de actualización de las NGTS introducido por la DF segunda de la misma Orden sea un aspecto positivo a destacar. De acuerdo con esta DF, las NGTS se podrán modificar una vez otorgada la autorización a la DGPEM y previo informe de la CNE, a fin de mantener su estructura y contenido permanentemente actualizados «conforme a los cambios en el estado de la técnica y la normativa internacional». Todas las modificaciones deben ser publicadas en el BOE. Más específicamente, la NGTS-12.2 regula la composición de un grupo de trabajo específico del Comité de Seguimiento del SG, coordinado por el GrTS, a efecto de actualizar, revisar y modificar las normas y protocolos de gestión técnica del sistema gasista.

En este punto, hay que llamar la atención sobre lo que la doctrina considera una manifestación más de las «nuevas técnicas de intervención»⁶⁷⁴. Pues se trata de normas que se elaboran a partir de la normativa legal y reglamentaria establecida por legislador –LSH- y el Gobierno –RD ATRSEI-, pero cuyo detalle, el que hace posible su aplicación real al funcionamiento del sistema, se encarga a una organización privada –el GrTS- en coordinación con los actores del SG, y cuya última aprobación la reciben de la Administración y con ello se les imprime la necesaria obligatoriedad. Se trata de una manifestación de lo que la doctrina ha denominado autorregulación regulada⁶⁷⁵. La complejidad técnica de la materia y el necesario conocimiento que debe tenerse sobre la misma para poder desarrollar procedimientos ágiles, eficientes y eficaces son las características que determinan este tipo de normativa

No obstante lo anterior, no debe perderse de vista que, en el caso del sector del GN, el control de esta función ha sido asignado a la CNE, que tiene atribuida la función de resolver sobre los conflictos de gestión técnica y económica del sistema. Más aún, en

⁶⁷⁴ MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho...*, op. cit., t. I, pp. 1261 y 1271-1276.

⁶⁷⁵ Ciertamente, como señala MÚÑOZ MACHADO, S., cuando se refiere a la «autorregulación»: «Este es uno de los ámbitos en los que el Estado retrocede y abre nuevos espacios a las organizaciones de base privada. Lo hace sin embargo, procurando que esta actuación sea complementaria y desde luego, conducida hacia objetivos de interés público aunque al mismo tiempo tampoco satisfagan aspiraciones legítimas relativas al mejor desarrollo de actividades privadas», en *Tratado de Derecho...*, op. cit. p. 1272.

esta materia, las resoluciones del regulador no agotan la vía administrativa y por tanto, puede interponerse recurso de alzada ante el Ministro correspondiente. Esta es una muestra de la importancia de la presencia del Estado en la regulación de un servicio de interés económico general, como es el del gas, aunque también debe llamarse la atención sobre la dificultad que implica para un órgano administrativo resolver un conflicto sobre una materia que ni siquiera ha regulado directamente y por tanto, sobre la que no posee la especialización requerida, lo cual puede calificarse como un grave retroceso.

A. Contenido básico de las NGTS.

Los aspectos generales sobre los que deben versar las NGTS están establecidos en el artículo 65.2 de la LSH, que no ha sido modificada desde la promulgación de la LSH⁶⁷⁶. De acuerdo con el citado artículo, debe abarcar, al menos, los siguientes aspectos técnicos básicos para el funcionamiento del sistema: «a) Los mecanismos para garantizar el necesario nivel de abastecimiento de gas natural del sistema a corto y mediano plazo y el mantenimiento de las existencias mínimas de seguridad. b) Los procedimientos de coordinación que garanticen la correcta explotación y mantenimiento de las instalaciones de regasificación, almacenamiento y transporte, de acuerdo con los criterios de fiabilidad y seguridad necesarios, contemplando específicamente la previsión de planes de actuación para la reposición del servicio en caso de fallos generales del suministro de gas natural. c) Los procedimientos de control de las entradas y salidas hacia o desde el sistema gasista nacional. d) El procedimiento de cálculo del balance diario de cada sujeto autorizado a introducir gas natural en el sistema. e) El procedimiento de gestión y uso de interconexiones internacionales. f) El procedimiento sobre las medidas a adoptar en el caso de situaciones de emergencia y desabastecimiento.»

Los citados aspectos técnicos, se explicitan aún con carácter general, en el RD ATRSEI, en cuyo preámbulo se lee: «Con el fin de garantizar el correcto funcionamiento técnico

⁶⁷⁶ A excepción de un cambio en la numeración, introducido por el art. 7.siete del RD-L 6/2000. Originalmente era el art. 64.2 de la LSH.

del sistema, se desarrollan las líneas básicas que deben contener las Normas de Gestión Técnica del Sistema, elemento fundamental para el buen funcionamiento del mismo». De esta manera, su artículo 13, detalla los criterios ya aludidos conforme los cuales deben elaborarse las NGTS, por ENAGAS, como GrTS en colaboración con los demás sujetos que actúan en el mismo⁶⁷⁷. Los aspectos adicionales se refieren al contenido, periodicidad, plazos, que deben contener las NGTS entre otros aspectos que deben ser desarrollados con respecto a ciertas cuestiones específicas, tales como:

- Programaciones: están referidas al uso del derecho de terceros a las instalaciones por parte de los sujetos que actúan en el sistema. Por tanto, deben contener los datos relacionados con el gas que los sujetos del sistema estiman introducir, extraer, almacenar, suministrar o consumir en un período determinado. Con respecto a su periodicidad, señala que se podrán fijar programaciones anuales, mensuales, semanales y diarias. En todo caso, el caudal nominado en las programaciones diarias, así como los programas mensuales de descarga de buques, tendrán carácter vinculante⁶⁷⁸. Las NGTS establecen el contenido mínimo de cada una de las programaciones, los procedimientos y calendarios de comunicación, así como los procedimientos de actuación en los casos de incumplimiento de las mismas (NGTS-03 «Programaciones»). La resolución de 20 de abril de 2007, de la DGPEM, determinó que se «establecerán modelos o formularios estándares donde se recogerán las programaciones»

- Balances: estos son de dos tipos: físicos, para cada una de las instalaciones; y, comerciales, para cada usuario que acceda a las instalaciones de terceros, éstos últimos como mínimo con un alcance diario. En relación con los balances, se establece su

⁶⁷⁷ Al lado de las NGTS, ENAGAS ha desarrollado otra herramienta informática de apoyo que ha denominado «Sistema Logístico de acceso de terceros a la red» (SLATR). Según MARTÍNEZ-FALERO GARCÍA, B., «es una autoridad certificadora común que recibe información de todos los agentes del Sistema, en relación con infraestructuras, flujos de gas natural, entradas de gas al Sistema y salidas a los puntos de consumo. Esta información servirá para la correcta operación del Sistema y toma de decisiones por parte del Gestor Técnico del Sistema, la Administración y el resto de los sujetos que actúan en el sistema. Siendo un instrumento muy útil de control económico del Sistema (facturación y retribución de los agentes) así como en el control de las existencias de gas natural en el Sistema.», «El gestor...», op cit., p. 555. Esta es otra manifestación de autorregulación.

⁶⁷⁸ La LSH en su Título VI, establece un régimen de infracciones y sanciones a imponer ante el incumplimiento de los deberes y obligaciones establecidos en ella.

contenido, alcance, procedimientos de cálculo y períodos y causas para su revisión. (NGTS 07 «Balance»)

- Desbalances del sistema: este aspecto abarca el establecimiento de los procedimientos de actuación en caso de detectarse desviaciones en los aprovisionamientos o en la demanda que pudieran provocar desbalances del sistema por exceso o defecto de GN, activando las medidas necesarias para la interrupción de los suministros, así como para minimizar los efectos de tales medidas sobre los restantes sujetos que operan en el sistema. Además, abarca los procedimientos para determinar las repercusiones económicas que dichas medidas puedan llevar asociadas (NGTS 9.4, 9-5,-9.6).

- Mermas y autoconsumos: en las normas se define el procedimiento a seguir para establecer las cantidades a retener en concepto de mermas y autoconsumos para cada instalación.

- Mediciones: se establecen los puntos donde se realizan las mediciones, el tipo de cada una de ellas y los criterios de reparto en función de las mismas. (NGTS 05 «Medición»)

- Mecanismos de comunicación: sobre este tema se impone el desarrollo de un sistema de información que permita canalizar toda la información procedente de los distintos sujetos que intervienen en el conjunto de las operaciones necesarias para la gestión del sistema.

- Capacidad de las instalaciones: en el desarrollo de esta materia se fijan los criterios, normas y procedimientos para determinar, con base en aspectos técnicos de general aceptación en la industria gasista, la capacidad máxima de las instalaciones, incluidas en el sistema de derechos de ATR, así como para la determinación de la capacidad efectivamente utilizada y la remanente en todo momento, definiendo para ello los factores de servicio, simultaneidad, márgenes de seguridad y cualquier otro parámetro que sea relevante para tales determinaciones. Este aspecto reviste gran importancia por cuanto una de las razones para denegar el ATR es, precisamente, «la falta de capacidad», según se estudiará luego, y, por tanto, la puesta en práctica de esta regulación contribuye a proporcionar mayor seguridad y objetividad, al momento de alegar esa causa.

En relación con las emergencias y plan de mantenimiento, el artículo 14 del mismo RD ATRSEI dispone que el GrTS, en colaboración con los distintos sujetos que actúan en él, debe proponer al MITC los planes de emergencia que considere necesarios, detallando las existencias disponibles, su ubicación y período de reposición. Dichos planes y revisiones anuales son objeto de aprobación o modificación por la DGPEM. (Esta cuestión se ha regulado en la NGTS-11⁶⁷⁹).

Por su parte, los titulares de las instalaciones incluidas en el régimen de acceso de terceros, deben disponer de planes de mantenimiento elaborados de acuerdo con la reglamentación existente respecto a redes y acometidas, operación, mantenimiento, vigilancia, inspección y control. Cuando el mantenimiento a realizar en gasoductos o instalaciones afecte a la operación, y como consecuencia, a cualquier usuario del SG, se debe informar con la mayor antelación posible a los usuarios y comercializadores afectados y al GrTS. Además, en caso de influir en la operación de la red de transporte se debe indicar el alcance, efectos y duración de dicho mantenimiento⁶⁸⁰.

B. El Comité de Seguimiento de la Gestión Técnica del Sistema Energético

Este Comité de Seguimiento de la Gestión Técnica del Sistema Energético ha sido creado por el artículo único.51 de la Ley 12/2007 que añade una DA 27ª a la LSH. Está formado por representantes de la Secretaría General de Energía del MITC, del GrTS, del operador del sistema eléctrico, de la Corporación de Reservas estratégicas de productos petrolíferos y de la CNE. Su objetivo es el seguimiento permanente de la

⁶⁷⁹ En cualquier caso, la NGTS-11 dispone: «Se entenderá que el sistema gasista se encuentra en Situación de Emergencia cuando la escasez de suministro de gas pueda hacer uso de reservas estratégicas o pueda estar amenazada la seguridad de las personas, aparatos o instalaciones o la integridad de la red. La Situación de Emergencia se basará en los principios establecidos en el artículo 101 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, y en lo previsto en el artículo 40 del Real Decreto 1716/2004. En situaciones de emergencia el Gobierno establecerá las condiciones bajo las que se podrá hacer uso de las reservas estratégicas de gas natural por los sujetos obligados a su mantenimiento.» Es decir, tanto el Reglamento como la Orden Ministerial que desarrollan esta materia devuelven el control de estas situaciones al Gobierno.

⁶⁸⁰ La NGTS 8 «Plan de mantenimiento» en su punto 1 señala: «El mantenimiento incluye todas aquellas actividades de inspección, control, intervención, y/o reparación destinadas a mantener las instalaciones del sistema gasista en condiciones de seguridad y funcionamiento óptimas. El mantenimiento puede ser preventivo o correctivo, pudiendo ser este último planificado o no planificado»

garantía de los suministros energéticos. Está encargado de elaborar un informe anual que se remitirá a las CCAA.

La composición, funciones y régimen de funcionamiento se dejan para su desarrollo reglamentario, según la habilitación contenida en la misma DA 27ª.

C. El Gestor técnico del sistema.

Ya ha quedado explicado en el Capítulo IV, cómo se nombró a ENAGAS, S.A., en su papel de GrTS, de manera que es el encargado de velar por el cumplimiento de un objetivo principal: garantizar la continuidad y seguridad del suministro de GN y la correcta coordinación entre los puntos de acceso, los almacenamientos, el transporte y la distribución. Ejerce sus funciones, como gestor técnico del sistema, en coordinación con los distintos sujetos que gestionan o hacen uso del SG bajo los principios de transparencia objetividad, independencia y no discriminación (art. 64.1 LSH). Sus actividades se retribuyen de acuerdo con lo dispuesto en el Capítulo VII de la LSH, relativo al régimen económico.

D. El estatuto jurídico del gestor técnico del sistema. ¿Ejercicio de funciones públicas?

Como se señaló en el capítulo anterior, entre los transportistas destaca el GrTS, siendo un operador más en el sistema⁶⁸¹. De ahí la importancia de los principios que deben regir su actuación. Sus obligaciones en calidad de transportista ya han sido estudiadas en el capítulo anterior. Corresponde ahora señalar sus funciones propiamente como GrTS, más específicamente como encargado de la coordinación de los actores del mismo. El GrTS lleva a cabo una labor trascendental⁶⁸², pues es el responsable de la

⁶⁸¹ En términos, ENAGAS sería un *TSO*, (Transmission Sistem Operator). ARIÑO ORTIZ, G., y DEL GUAYO, I., señalan al respecto que se trata de «una situación peculiar en España, pues aunque ENAGAS es el transportista dominante y casi el único, hay, al menos, otro transportista en el Sistema, que es la Sociedad de Gas de Euskadi y, en el futuro habrá otros transportistas titulares de plantas de regasificación y redes de transporte de gas desde la red básica a un conjunto de plantas de ciclo combinado», en «Liberalización y competencia...», op. cit., p. 101.

⁶⁸² Como ha destacado CABALLERO SÁNCHEZ, R., «Ahora que no existe un título o medio directo de control de esas infraestructuras clave (concesión de servicio público, sociedad pública titular), pero que perdura la responsabilidad pública de proveer ciertos servicios a la sociedad, quienes tienen el dominio de

gestión y operación de la red básica y de las redes de transporte secundario, no así, en principio, de las de distribución; aunque sí está encargado de garantizar la correcta coordinación entre los puntos de acceso, los almacenamientos, el transporte y los puntos de salida, que suelen estar en las redes de distribución. En consecuencia algunas de sus funciones abarcan también esa actividad. Así se observa en el artículo 64.1 LSH que señala literalmente: «El gestor técnico del sistema, será responsable de la operación y de la gestión técnica de la Red Básica y de transporte secundario, y garantizará la continuidad y seguridad del suministro de gas natural y la correcta coordinación entre los puntos de acceso, los almacenamientos, el transporte y la distribución» (art. 64.1 LSH⁶⁸³). Por su parte, el artículo 12.1 del RD ATRSEI, a diferencia de lo establecido en el 64.1 de la LSH, dispone que en sus relaciones con los sujetos que operan y utilizan el sistema gasista, ENAGAS debe actuar bajo los ya conocidos principios de objetividad, transparencia y no discriminación, y ya no alude a la «independencia» como uno de los principios de su actuación.

Es difícil conciliar la atribución de una labor de tal importancia, especialmente considerando los principios que la rigen, con la personalidad privada que ostenta ENAGAS. No puede negarse que pese a la exhaustiva elaboración de normas, procedimientos y protocolos de aplicación de los mismos, es difícil abarcar todos y cada uno de los aspectos que implican el funcionamiento del sistema, así como acertar en los plazos y medidas a tomar en cada caso. Tal parece que, por el momento, no hay otra forma de hacerlo más que prever las posibles situaciones que puedan presentarse a través de normas y del establecimiento de sus consecuencias jurídicas. Así como, tampoco puede negarse que la calidad de público o privado del ente encargado de realizar dicha función, sí podría marcar una diferencia en cuanto a la transparencia en la

aquellas son convertidos por la regulación en agentes del sistema, que no pueden explotar sus bienes libremente, según exclusivos criterios empresariales, porque impedirían la competencia aprovechando su condición de ventaja (...) Así en el caso de las grandes redes unitarias (gas, electricidad, ferrocarril) y respecto del tramo mayorista, el propietario asume una inequívoca función administrativa como es la de ser gestor técnico del sistema, es decir, agente neutral que organiza el tráfico a través de la infraestructura y que atiende al buen funcionamiento de los intercambios que se realizan a través de la red.» *Infraestructuras en red...*, op. cit., p. 256.

⁶⁸³ El art. 12.1 del RD ATRSEI que contiene esta misma definición deberá entenderse reformado en el mismo sentido.

labor del mismo. Ambas formas de organización –pública y privada- pueden ser captadas por los operadores del mercado, especialmente considerando los antecedentes del sector. Sin embargo, los mecanismos de control que se pueden ejercer sobre una Administración Pública, son sin duda más minuciosos que los que pueden ejercer las Administraciones sobre una empresa privada que posee el control de la información sobre el funcionamiento del sistema. Por otro lado, además, el Gobierno no se vería en la necesidad de imponer obligaciones a una empresa privada, cuyo alcance puede ser fácilmente cuestionado⁶⁸⁴.

El mismo RD-Ley 6/2000, que determinó la creación de esta figura del gestor e identificó a ENAGAS como tal, asignó las funciones que debe llevar a cabo en orden a la ejecución de la labor encomendada como GrTS. Esta es en realidad, como se mencionó antes, la normativa que marcó el inicio de un nuevo sistema de acceso, en el marco de la LSH. El artículo 64.3 de la LSH⁶⁸⁵ se reformó para introducir una larga lista de funciones que luego se explicitan reglamentariamente en términos de derechos y obligaciones, entre las cuales se identifican algunas que, como se verá, se confunden con las funciones propias de una Administración Pública, especialmente considerando que la finalidad de toda su actuación es conseguir la seguridad del sistema, cuestión que no le atañe sólo a ella⁶⁸⁶. En algunos casos, le otorgan un papel protagónico que podría considerarse va en detrimento de los demás operadores del sistema, pues aunque estas funciones le son atribuidas en su condición de GrTS, no se distingue entre el plano de la toma de decisiones y la ejecución de las mismas.

Las funciones atribuidas por la LSH al Gestor se han traducido, en el RD ATRSEI, en una serie de derechos y obligaciones, desarrollados en el artículo 12, que las especifica,

⁶⁸⁴ Como las establecidas mediante el artículo único 49 de la Ley 12/2007, por el que se añade una DA 27ª a la LSH sobre las medidas organizativas a las que ENAGAS debe ajustarse, pues aunque se fundamenten en obligaciones de interés económico general, son más fácilmente cuestionables.

⁶⁸⁵ Este artículo fue añadido mediante la enmienda realizada por el RD-Ley 6/2000, de 23 de junio.

⁶⁸⁶ En este sentido, DEL GUAYO, I, ha puesto de manifiesto que si bien el gestor «No es una Administración Pública, pero a todas luces, el GTS ejercita funciones que, en el contexto de la LH, pueden considerarse públicas» en: «El sistema gasista...», op. cit., *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 32, 2001, p. 52.

completa y, en algunos casos, simplemente reitera. Éstas se pueden agrupar de la manera que sigue.

En primer término, es el encargado de gestionar todas las actividades de la red básica y de transporte secundario del sistema⁶⁸⁷, y como tal debe coordinar todas las actividades que se realizan en el sistema, impartiendo las instrucciones necesarias para su correcta explotación, dando las órdenes oportunas y precisas para que los sujetos operen sus instalaciones de transporte, incluidas las conexiones internacionales, ajustando la emisión de GN a la demanda del sistema. De manera que, cada sujeto haga funcionar sus instalaciones con el fin de asegurar la entrega de GN en las condiciones adecuadas en los puntos de salida del sistema. Todo ello, de conformidad con los criterios de fiabilidad y seguridad establecidos (art. 64.3 d), g), k) y art. 12. 3 d) ATRSEI). Para facilitar esta labor, el GrTS debe desarrollar los protocolos de comunicación necesarios, así como coordinar el diseño de un sistema de comunicaciones integrado para el control y supervisión de las operaciones del sistema (art. 12.3. b) RD ATRSEI).

El GrTS debe gestionar todas las instalaciones de la red básica y de transporte secundario, las entradas de GN en los gasoductos nacionales o salidas de producción nacional en plantas de recepción, almacenamiento y regasificación de los almacenamientos subterráneos y los yacimientos naturales (art. 64.3 a), m) LSH). Por tanto, debe coordinar las actuaciones de los titulares de las instalaciones en los puntos de acceso, los almacenamientos, el transporte y la distribución para garantizar la continuidad y seguridad del suministro a los consumidores con criterios de eficiencia (art. 12.3 c) RD ATRSEI). También debe informar sobre la viabilidad de los contratos de acceso que los sujetos con derecho de ATR soliciten a los titulares de instalaciones, recabando la información de otros titulares de instalaciones necesaria al efecto (art. 12.3 a) RD ATRSEI).

En relación con el aprovisionamiento general del sistema, el GrTS está obligado a determinar y controlar el nivel de garantía de abastecimiento y prever la utilización de

⁶⁸⁷ Después de las reformas introducidas por la Ley 12/2007, debe leerse: «redes de transporte».

las instalaciones a corto y mediano plazo, así como las reservas de GN, de acuerdo con la previsión de la demanda (64.3 b) y c))⁶⁸⁸. También debe efectuar el cálculo y aplicación del balance diario de cada sujeto que utilice la red gasista y las exigencias operativas y estratégicas del mismo. Además, tiene que elaborar los programas de entregas –que se determinan reglamentariamente-, a efecto de realizar y controlar su actuación. (64.3. l) y o) LSH, y art. 12.3 g) RD ATRSEI). A esos efectos, está obligado a constituir, operar y mantener una base general de datos y registro de la información necesaria para el seguimiento de las operaciones y determinación de repartos y balances, así como garantizar su exactitud. Asimismo, esta obligado a realizar estudios de seguimiento de la evolución de los coeficientes de pérdidas y autoconsumos asignados a cada instalación (art. 12.3 h), j) y k) RD ATRSEI). Igualmente, debe garantizar el secreto de la información de carácter confidencial que le sea entregada y poner a disposición de los sujetos que actúan en el sistema aquella que no lo sea, y que genere en la gestión técnica del sistema, tanto en lo relativo a la capacidad de las instalaciones como en lo relativo a su utilización. Todo ello mediante un sistema fácilmente accesible que garantice la actualidad de la información suministrada y el respeto a los principios de transparencia, objetividad y no discriminación⁶⁸⁹ (art. 12.3 i) y l) RD ATRSEI).

⁶⁸⁸ El RD-Ley 6/2000, que dispuso las obligaciones del GrTS, no previó la publicación obligatoria de estos datos relativos a la capacidad del sistema. Esta situación contribuyó, en un primer momento, según apuntaba la CNE «a desenfocar la percepción que los nuevos agentes del sistema tienen acerca de la objetividad e independencia del Gestor Técnico del Sistema». Estos nuevos agentes cuestionaron su independencia y objetividad, como se observa en la resolución de donde se ha tomado la cita, en el procedimiento de conflicto de acceso a la red de transporte CATR 2/2001 instado por Enron España Energía, S.L., frente a ENAGAS, S.A., p. 22. Por otra parte, el mismo RD-Ley designó a ENAGAS, como GrTS, estableció que ninguna sociedad tendría más de un 35% de su capital social, aspecto que a la fecha de este conflicto (cuyo trámite, ante la CNE, inició el 26 de marzo de 2001) aún no se había llevado a la práctica, provocando aún más dudas sobre las actuaciones de ENAGAS. De ahí que la CNE, en el mismo informe recomendara que: «la adecuada separación del gestor técnico –«unbundling»-, que por mandato legal debe ser de propiedad, debería ser llevada a la práctica cuanto antes. Solo una separación auténtica del gestor técnico del sistema, de las compañías dedicadas a la comercialización de gas natural, pueden garantizar su objetividad, y por tanto, infundir, confianza en su equidad (...) En consecuencia, sería conveniente que la independencia y objetividad que debe regir su gestión técnica, fuera puesta de manifiesto mediante el cumplimiento de las obligaciones de transparencia. Esto posiblemente hubiera evitado el conflicto que nos ocupa», p. 23-24.

⁶⁸⁹ A este efecto se creó un sitio en su página web: www.enagas.es, en el que se encuentra esta información que es actualizada continuamente.

En cuanto a la seguridad del sistema se refiere, el GrTS debe coordinar y modificar, en su caso, los planes de mantenimiento de las instalaciones, de forma que se asegure su funcionamiento y disponibilidad. También está obligado a establecer y controlar las medidas de fiabilidad del SG y los planes de actuación para la reposición del servicio en caso de fallos generales en el suministro. Asimismo debe coordinar y controlar su ejecución (art. 64.3 e) y f); y 12.3 f) RD ATRSEI). En este mismo sentido, debe ejecutar los mecanismos y procedimientos de actuación para prever y, en su caso, dar cobertura a situaciones transitorias de desbalance entre los programas de aprovisionamiento y el régimen de operaciones previsto en función de la demanda, de acuerdo con lo establecido en las NGTS (art. 12.3 e) RD ATRSEI).

El gestor está obligado a proponer, con la antelación suficiente, el desarrollo de la red básica y de transporte secundario que considere necesario para evitar y resolver, en su caso, restricciones a las operaciones del sistema. De igual forma, debe informar a la DGPEM del MITC y a la CNE, así como a los sujetos que actúan en el sistema, con periodicidad anual, o en los casos en que existan restricciones en el mismo, sobre la capacidad disponible en las instalaciones de transporte de la red básica, y en particular, en los puntos de acceso al sistema, así como respecto de reservas de capacidad a futuro contratadas en firme (art. 12.3 m) y n) RD ATRSEI).

Su labor está directamente ligada con la Administración pública a través del MITC, pues es el encargado de proponerle el desarrollo de la red básica de GN y la ampliación y/o extensión de los almacenamientos. Así como, los planes de emergencia que considere necesarios detallando las existencias disponibles, su ubicación, período de reposición de las mismas y sus revisiones anuales; estos planes están sujetos a la aprobación o modificación por la DGPEM. Todos estos datos son fundamentales para la planificación respectiva del sector. Por otro lado, debe colaborar con el MITC en la evaluación y seguimiento de los planes de inversión anuales y plurianuales presentados por los titulares de las empresas de instalaciones de transporte de GN (art. 64.3 i), y q) LSH).

Finalmente, se le asigna de forma amplia y abierta el deber de desarrollar todas aquellas actividades relacionadas con las anteriores que sean convenientes para el funcionamiento del sistema. Y adicionalmente, es la ejecutora en el ámbito de sus

funciones, de aquellas decisiones adoptadas por el Gobierno en ejecución de lo previsto en la LSH⁶⁹⁰. De igual forma, es la responsable de desarrollar todas aquellas otras actividades que sean convenientes para el funcionamiento del sistema (art. 64.3 inc. h), y p) LSH).

En su calidad de transportista, el GrTS debe desarrollar las obras de infraestructura encomendadas por el Ministerio, cuando en los procedimientos de adjudicación de las instalaciones no haya habido concurrencia. (12.3 ñ RD ATRSEI)

Correlativamente, entre los derechos del GrTS en relación con el ATR se establece, en general, la potestad de exigir a los titulares de las instalaciones la información necesaria para el correcto funcionamiento del sistema, y específicamente, a los sujetos con derecho de acceso la comunicación de sus programas de aprovisionamiento y de consumo, así como de cualquier incidencia que pueda hacer variar sustancialmente dichas previsiones. El GrTS está facultado para supervisar las actividades y las operaciones de los distintos sujetos actuando como coordinador de las comunicaciones entre ellos, exigiendo el estricto cumplimiento de sus instrucciones para la correcta explotación y mantenimiento de las instalaciones y la adecuada cobertura de la demanda. Por la ejecución de su labor, el GrTS recibirá la retribución respectiva según se estudia en el capítulo siguiente (art. 12.2 a), b), c), d), e)) RD ATRSEI y art. 64.2 LSH).

V. Funcionamiento del Sistema. El procedimiento de ATR. El papel de las Administraciones Públicas.

En este epígrafe se analiza la forma de articulación de todos los elementos del sistema: los sujetos y las actividades que se desarrollan sobre la base de las instalaciones gasistas en el marco del sistema de ATR. Como se ha mencionado repetidamente, los principios que deben regirlo son la transparencia, objetividad y no discriminación. Puede pensarse que, en razón de ello, la Administración está presente activamente durante todas las

⁶⁹⁰Esta función de ejecución de las decisiones del Gobierno, recuerda el artículo 3 del decreto de creación de ENAGAS: «Por el Ministerio de Industria se determinarán el trazado y las características de una red nacional básica de gasoductos. Cuando el Estado decida acometer por sí mismo la construcción y explotación de gasoductos, lo hará por intermedio de la “Empresa Nacional de Gas, S. A.”»

fases del funcionamiento del sistema, no ya como “administración independiente” a través de la CNE, -cuestión que se estudiará posteriormente-, sino a través de la propia AGE, en la personificación del MITC, que es el órgano que agota la vía administrativa en cuanto a la resolución de conflictos de ATR, según se estudiará más adelante. No obstante, hay que recordar que también en una parte del funcionamiento del sistema, la elaboración de las NGTS y sus procedimientos de aplicación, el Estado ha cedido un espacio importante. Por un lado, se muestra la tendencia de adoptar nuevas formas de regulación –a través de la autorregulación regulada o simplemente de la autorregulación- y por otro, se vuelve a reconocer la intensidad de las Autoridades reguladoras -AGE, CCAA, CNE- en las distintas fases del proceso.

Por otra parte, hay que señalar que los procedimientos de ATR no han sido una excepción en cuanto a reformas se refiere. A través de diversas modificaciones se han ido incorporando situaciones no comprendidas inicialmente en la normativa, que en la práctica, han ido determinando la necesidad de tales reformas. Hay que decir, sin embargo, que aunque dichas reformas resultan, en alguna medida, normales en un proceso de cambio profundo como el que se ha planteado en el sector del GN, también, en no pocos casos, eran previsibles.

En relación con los procedimientos, en términos generales hay que recordar que, de acuerdo con la DF Primera.2 de la LSH, se excluyen del carácter básico las referencias a los procedimientos administrativos, que serán regulados por la Administración competente, ajustándose en todo caso a lo establecido en la LRJPAC.

En conformidad con la regulación vigente, antes de la reforma introducida por la Ley 12/2007, el único procedimiento de acceso era el regulado, las modificaciones regulan la posibilidad de utilizar también el procedimiento negociado para las instalaciones de almacenamiento que no tienen el carácter de básicos. En primer lugar, se estudia el procedimiento de acceso regulado, que es el generalizado, y en un epígrafe específico, se analiza la nueva posibilidad de acceso negociado.

1. Instalaciones incluidas en el régimen de acceso regulado

A los efectos de este régimen, el artículo 3 del RD ATRSEI crea una nueva clasificación de las instalaciones a las que denomina «Sistema de transporte y distribución». En este

sistema están incluidas las instalaciones: de transporte, de distribución, incluyendo las plantas satélites de GNL que suministren a varios consumidores; los gasoductos de conexión internacional, entendiendo como tales los comprendidos en el territorio nacional que conectan con las redes de gasoductos o con yacimientos o almacenamientos existentes en otros países; los gasoductos de conexión de los yacimientos y almacenamientos y operativos⁶⁹¹ con el SG; y, cualquier otra instalación necesaria para el suministro de GN a los usuarios con derecho de acceso.

Igualmente, quedan incluidas en el régimen de acceso a terceros, aunque no en el denominado «Sistema de Transporte y Distribución» establecido por el RD ATRSEI, las plantas de recepción, almacenamiento y regasificación de GNL, y los almacenamientos no básicos que puedan abastecer el SG, incluyendo las instalaciones de carga de cisternas de GNL (art. 3 inc. a) y b) RD ATRSEI).

En definitiva, las instalaciones comprendidas en el régimen de acceso, son todas las contenidas en el artículo 59 de la LSH, es decir, las tres redes y sus instalaciones complementarias, a excepción de los gasoductos definidos como líneas directas. Lo que sí varía es el procedimiento de ATR, que para el caso de los almacenamientos no básicos será negociado, de acuerdo con la reforma introducida por la Ley 12/2007. Por tanto, con esta nueva clasificación no se incluyen instalaciones nuevas sino que se separan las redes de gasoductos -independientemente de su presión de diseño-, del resto de las instalaciones del sistema, pese a que en el denominado «sistema de transporte y distribución» se unifican parte de las instalaciones del transportista con las pertenecientes al distribuidor, con el propósito de facilitar al comercializador o al consumidor, según se verá más adelante, la contratación del acceso.

A ello habría que añadir que, se incluyen tanto las instalaciones existentes como las futuras. Así lo determinó la CNE tempranamente, ya que dada la situación del sistema gasista caracterizada por «un desequilibrio entre las infraestructuras existentes, y la

⁶⁹¹ Este RD da por existente este tipo de almacenamiento, sin que en ninguna otra norma se haya instituido su existencia. De hecho éste, como se estudio en el capítulo anterior, puede estar haciéndose referencia al GN almacenado y no necesariamente tiene porqué coincidir con una instalación física. Una muestra del desorden cómo se ha ido elaborando la regulación.

demanda de consumo a corto plazo», hace que «resulte inevitable que, tanto en las peticiones de acceso al sistema de transporte que se resuelven sin conflicto entre los comercializadores de gas a sus clientes, y los titulares de las instalaciones de transporte, como aquéllas peticiones que derivan en conflicto de acceso ante la Comisión, el objeto de las mismas resulte ser la capacidad futura del sistema gasista y no la capacidad actual»⁶⁹². Ello, claro está, puesto que sin instalaciones no hay capacidad.

2. Procedimiento para el acceso a las instalaciones gasistas. La intervención administrativa.

El procedimiento para el acceso a las instalaciones gasistas está dispuesto en los artículos 5 a 9 del RD ATRSEI. Esta normativa establece los requisitos que deben cumplir las solicitudes de acceso, los procedimientos y mecanismos de coordinación de los sujetos titulares de las instalaciones, los plazos de contestación, las condiciones mínimas para la contratación, y las posibles causas de denegación del acceso. Estos temas se estudian en los epígrafes siguientes, pero antes, hay que hacer una breve comentario sobre los términos en que se ha planteado la regulación pues, aunque lo que correspondería en un mercado liberalizado sería un procedimiento ágil y rápido, mecánico podría decirse, lo cierto es que se trata de un procedimiento complejo en el que incluso, eso sí de manera excepcional, puede llegar a intervenir el Gobierno «de manera preventiva», suspendiendo o modificando los derechos de acceso⁶⁹³. Además, este procedimiento puede llegar a prolongarse considerablemente en el tiempo, pese a lo que cabría esperar, dado el contexto de mercado en competencia⁶⁹⁴. En cualquier caso,

⁶⁹² Resolución de la CNE al CATR 2/2001, de 25 de mayo de 2001, p. 14-15, este criterio es reiterado también en la Resolución de la CNE al CATR 17/2002, de 17 de febrero de 2003, p. 26 y 34.

⁶⁹³ En este sentido, CABALLERO, R., *Infraestructuras...* op. cit., p. 340.

⁶⁹⁴ Hecho contrario a la idea de que «En el mercado, los problemas se resuelven de modo impersonal, siendo la propia estructura competitiva la que da una solución al margen del control burocrático» BORJA LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F., *Presupuestos de la regulación de servicios...*, op. cit., p. 803. En efecto, como señala CABALLERO, R.: «la excesiva dependencia del funcionamiento de los ATR respecto de las decisiones administrativas», puede ser uno de los «peligros fundamentales para que los ATR abran de verdad las redes al mercado». *Infraestructuras...*, op. cit., p. 243. En cualquier caso, esto puede considerarse como un indicador más de la poca conveniencia de que la titularidad de las redes esté en manos privadas, después de todo, si hay que controlar los mínimos detalles, en dónde queda la libertad de contratación.

esto puede considerarse como un indicador más que conduce a la reflexión sobre la conveniencia o no, de que la titularidad de las redes esté en manos privadas. Después de todo, si las Administraciones deben controlar los mínimos detalles del funcionamiento del sistema, cabe preguntarse en dónde queda, por ejemplo, la libertad de contratación por un lado, y la independencia del GrTS, por otro.

La normativa sobre el funcionamiento del sistema ha ido evolucionando muy lentamente, y podría decirse que mejora o al menos se va completando con las reformas. Aún así, todavía queda mucho trabajo pendiente, pues se trata más bien de un proceso de constante adaptación. La CNE señaló en su momento que «una solución sería contemplar la regulación exhaustiva de los efectos jurídicos de la falta de informe del gestor o de su emisión fuera de plazo, y en general de todos y cada uno de los supuestos de hecho (...) Ello daría lugar a una regulación excesivamente detallista y en la que posiblemente quedarían aún vacíos jurídicos, ya que parece difícil poder definir anticipadamente todas las situaciones posibles de incumplimiento de plazos y de definición de responsabilidades respectivas del titular y los otros sujetos, incluido el Gestor»⁶⁹⁵. Valdría la pena valorar si esta opción no merece ser adoptada puesto que sería una forma de crear un sistema lo más cercano a un sistema objetivo y no discriminatorio; no es necesario intentar imaginar todas las posibles opciones, sino ir resolviéndolas e incorporándolas en un verdadero «código de red»⁶⁹⁶, a sabiendas de que es un proceso que requiere de mucho más tiempo –que el que se ha pretendido– para plantear el cambio.

Previo al análisis del contenido y procedimiento de resolución de la solicitud de acceso, conviene advertir que, como señaló la CNE⁶⁹⁷ en su informe al proyecto del hoy RD ATRSEI, y considerando el lapso de tiempo transcurrido entre la promulgación de la

⁶⁹⁵ Informe 8/2001 sobre el proyecto de Real Decreto por el que se regula el acceso de terceros a las instalaciones gasistas y se establece un sistema económico integrado del sector de gas natural, de 27 de abril de 2001, p. 57.

⁶⁹⁶ GALLEGO ANABITARTE, «El sector del gas en la Ley...», op. cit., p. 261.

⁶⁹⁷ En su informe 8/2001, de 27 de abril de 2001, p. 137.

LSH y el RD citado, las previsiones regulatorias relativas a la solicitud de acceso resultaron incompletas y también han sido objeto de modificaciones.

A. Derecho de acceso de terceros a las instalaciones gasistas.

El ejercicio del derecho de acceso por parte de sujetos distintos de los propietarios de las redes es elemento clave⁶⁹⁸ para el logro de los objetivos planteados por la LSH, de ahí la importancia de su clara y detallada regulación. En general, de acuerdo con el artículo 60.3 de la LSH: «Se garantiza el acceso de terceros a las instalaciones de la red básica y a las instalaciones de transporte y distribución en las condiciones técnicas y económicas establecidas en la presente Ley. El precio por el uso de estas instalaciones vendrá determinado por el peaje aprobado por el Ministro de Industria, Turismo y Comercio, previo Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos». Por su parte, el artículo 70.1, especifica lo relativo al acceso a las redes de transporte al establecer que, los titulares de las instalaciones deberán permitir la utilización de las mismas, mediante la contratación separada o conjunta de los servicios de transporte, regasificación o almacenamiento. En el mismo sentido, el artículo 76.1 dispone lo relativo al acceso a las redes de distribución, en ambos casos, por parte de los CDM y los comercializadores⁶⁹⁹. Dicho acceso se garantiza siempre que los sujetos

⁶⁹⁸ En este sentido, GALLEGO ANABITARTE, A., y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., «Uno de los pilares de la nueva regulación del sector es sin duda, el denominado derecho de acceso de terceros a las redes. La apertura del mercado (como el de otros suficientemente conocidos: telecomunicaciones, electricidad, etc.) a la competencia pivota sobre este eje: en la prestación de un servicio dependiente de una red de conducción, en el que por (razones obvias) no es practicable la construcción de infraestructuras paralelas, o la red se abre a la utilización de otros, o no es posible la competencia.», en: «La nueva regulación del mercado del gas natural», *RAP*, núm. 148, enero abril, 1999, pp. 47-48. En este mismo sentido, se ha pronunciado la CNE: «El derecho de acceso a redes queda configurado (...) como la verdadera piedra angular de la liberalización (...) ya que de la disponibilidad o libre acceso para todos de las redes de transporte y distribución existentes depende en definitiva, la apertura del mercado. Aunque en este caso la CNE se está refiriendo específicamente al mercado eléctrico, es aplicable también al sistema gasista. Resolución de la CNE al CATR a la red de distribución CATR 16/2003. También SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, M., «El seguimiento por la Comisión de Energía de las solicitudes y contratos de acceso al sistema gasista», en *RGDA*, N° 8, IUSTEL, marzo 2005, p. 2. (www.iustel.com).

⁶⁹⁹ Debe hacerse notar que, ciertamente los principales sujetos autorizados, en un mercado en régimen de libre competencia, -son los consumidores directos y los comercializador- pero el artículo 61.2 LSH también autoriza expresamente al GrTS y a los transportistas, aunque con un objetivo específico por tanto, es de esperar que asuman también una serie de obligaciones. Sin embargo, en las modificaciones introducidas a los artículos 70.2 y 76.1 de la LSH respectivamente por el artículo único.19 y de la Ley 12/2007 no se hace referencia a ninguno de ellos por la Ley 12/2007. Por tanto, se crea una laguna en la regulación en ese sentido.

cumplan las condiciones exigidas y sobre la base de los principios de no discriminación, transparencia y objetividad.

En términos generales, el procedimiento para el acceso se inicia con la remisión de una petición formal de reserva de capacidad a los titulares de las instalaciones a las cuales se pretende tener acceso. Dicha petición debe ser resuelta en un plazo de 24 días, una vez que se han solicitado y recopilado los informes de los distintos afectados por el acceso. La resolución del procedimiento debe ser siempre motivada. Ante la negativa de acceso, el peticionario está legitimado para interponer un conflicto de acceso ante la CNE, cuya resolución puede ser recurrida ante el MITC. El desarrollo de este procedimiento se estudia en epígrafes posteriores.

a. Estatuto jurídico de los titulares de las instalaciones incluidas en el régimen de acceso de terceros.

El régimen jurídico de los titulares de los sujetos obligados a permitir el acceso a sus instalaciones, estos son, los transportistas y los distribuidores, se especifica a través de una serie de obligaciones y derechos que se añaden y/o detallan los relacionados en el capítulo anterior, al estudiar el estatuto jurídico de cada uno de los sujetos.

En relación con el ATR, los transportistas y los distribuidores tienen, en primer término, la obligación de suscribir en condiciones transparentes, homogéneas y no discriminatorias los contratos de ATR, en los términos establecidos reglamentariamente y, en consecuencia, deben llevar a cabo los servicios contratados en las cantidades y condiciones convenidas bajo las directrices del GrTS (RD ATRSEI art. 10.2 b) y c)). Por lo tanto, deben gestionar y operar sus instalaciones, en coordinación permanente con el GrTS y con otros titulares de instalaciones cuando sea necesario para garantizar los servicios de acceso contratados, o cuando la fiabilidad y seguridad del sistema interconectado lo requiera (RD ATRSEI art. 10.2 a)). Igualmente, tienen el derecho de exigir que las instalaciones conectadas a las de su propiedad cumplan los requisitos técnicos de seguridad y control establecidos que permitan un sistema fiable y eficaz, y que el GN que se introduzca en sus instalaciones cumpla las especificaciones de calidad establecidas (art. 10.1 c) y d) RD ATRSEI).

La comunicación fluida y oportuna, con todos los actores del sector, pero especialmente con el GrTS, es fundamental para el eficaz y eficiente funcionamiento del SG. En este sentido, los titulares de las instalaciones deben facilitar al GrTS, a los sujetos con derecho de acceso y a otros titulares de instalaciones, la información necesaria para su correcto funcionamiento, así como para que puedan evaluar la posibilidad de nuevos contratos de acceso. También deben comunicar al GrTS, con la debida antelación, los planes de mantenimiento e incidencias de sus instalaciones, en aquellos casos en los que se pueda ver afectada la red básica o de transporte secundario y modificar los mismos de acuerdo con las directrices de éste. Asimismo, están obligados a comunicar las citadas incidencias, por un lado, a los sujetos que actúan en el sistema y a los consumidores afectados, y por otro, a la DGPEM del MITC, la CNE y al GrTS, los datos relativos al consumo, aprovisionamiento, existencias y capacidades contratadas y disponibles. (art. 10.2 e), f), y g) RD ATRSEI). De igual manera, pueden exigirle a los sujetos con derecho de acceso, la comunicación de sus programas de consumo y de cualquier incidencia que pueda hacer variar sustancialmente dichas previsiones. En todo caso, deben garantizar el secreto de la información de carácter confidencial que haya sido puesta a su disposición (art. 10.1 d) y 10.2 m) RD ATRSEI).

Los equipos de medida y sistemas de medición deben estar disponibles en aquellos puntos intermedios del SG en que sean necesarios para el buen funcionamiento del mismo, tanto desde el punto de vista técnico como desde una perspectiva económica, de acuerdo con lo que establecido en las NGTS. Estos equipos serán, salvo acuerdo en contrario, propiedad de la empresa que realiza la entrega del gas a otra instalación por tanto, tienen la obligación de tener equipos disponibles para alquilar, a los consumidores conectados a sus instalaciones que así lo soliciten, siempre y cuando cumplan con el requisito de estar conectados a un gasoducto cuya presión de diseño sea igual o inferior a 4 bares, También están obligados a proceder a su instalación y mantenimiento. Por otra parte, deben asegurar que los sistemas de medición del GN suministrado, de su propiedad, mantienen la precisión exigida de acuerdo con lo que establezcan las NGTS. Consecuentemente, deben gestionar la verificación periódica del volumen y características del GN y, de las instalaciones de los puntos de suministro conectadas a sus redes, utilizando para ello los servicios de una entidad acreditada para tal fin (art. 10.2 d), h), j), RD ATRSEI). De la misma manera, tienen derecho a acceder a los

equipos de medición que sirvan para determinar la cantidad y calidad del gas que se introduce en sus instalaciones, así como a estar presentes en las verificaciones de la precisión de los mismos (10.1 e) RD ATRSEI).

Asimismo, los titulares de instalaciones incluidas en el sistema de ATR están obligados a efectuar el cálculo del balance físico del GN que pasa por sus instalaciones, en la forma y con la periodicidad determinada en las NGTS, así como a proceder a la lectura de los contadores de todos los consumidores conectados a sus instalaciones, por sí mismos o a través de terceros, para trasladar luego las lecturas a los comercializadores correspondientes. Estos datos de lectura, agregados por tipos de tarifas o peajes y por comercializadores, deben comunicarlos al GrTS y al transportista que le suministra el GN, con el detalle necesario para la aplicación de los peajes y cánones y la realización del balance de red (art. 10.2 i), k), RD ATRSEI). Por otro lado, tienen derecho de acceso y verificación de los contadores de todos los clientes conectados a sus instalaciones (art. 10.1 f) RD ATRSEI).

Finalmente, el RD ATRSEI establece que deben tener a disposición de quien lo solicite, el alcance y las condiciones económicas aplicables de los servicios específicos distintos de los regulados, que puedan prestar (art. 10.2. l) y n) RD ATRSEI).

Por la realización de sus funciones, transportistas y distribuidores, tienen derecho a percibir la remuneración económica en los términos establecidos por la LSH, que constituyen el objeto de estudio del capítulo siguiente.

b. Estatuto jurídico de los sujetos con derecho de acceso

Con el «nuevo modelo» establecido por la Ley 12/2007 se han modificado los sujetos con derecho de acceso⁷⁰⁰. En conformidad con el artículo 61.2 de la LSH modificado por el artículo único.11 de la Ley 12/2007: «los sujetos autorizados para adquirir GN tendrán derecho de acceso a las instalaciones». De acuerdo con esa disposición los sujetos con derecho de acceso serían: los CDM, comercializadores, los transportistas y

⁷⁰⁰ Esta nueva modificación implica la reforma del artículo 4 del RD ATRSEI que establece los sujetos con derecho de acceso.

el GrTS. Aunque para éstos últimos se han puesto límites a la adquisición de GN, lo cierto es que también pueden hacerlo, siempre que dicho acceso no tenga por finalidad última el suministro. Lo que no se comprende es a que efecto se les otorga el derecho de ATR, especialmente en el caso del GrTS. En definitiva, la redacción de esta disposición debería modificarse y, en su caso, si es que es esa la intención real, especificar a que efecto se les otorga el derecho de ATR.

Por otra parte, la misma reforma ha dispuesto el desarrollo reglamentario de las obligaciones y derechos de los CDM, que se vendrán a sumar o a sustituir a los establecidos para los hasta ahora denominados «consumidores cualificados».

La relación de los derechos y obligaciones que se realiza en el RD ATRSEI es correlativa a la referida en el epígrafe anterior, de tal manera que parece reiterativa al punto que resulta obvia, pues para cada derecho u obligación del titular de las instalaciones incluidas en el sistema de ATR surge el correspondiente derecho u obligación por parte del sujeto con derecho de ATR, sin embargo contribuye a la seguridad jurídica de todos los actores.

Así, el derecho de acceso a las instalaciones confiere tanto a los comercializadores como a los CDM, la posibilidad de contratar los servicios de acceso a las instalaciones que consideren más adecuadas para el cumplimiento de las funciones que cada uno desarrolla dentro del sistema, así como a recibir el gas en las condiciones establecidas y con la calidad de presión que se determine en cada contrato. A la vez que, deben aportar al sistema el gas necesario para garantizar el suministro a sus clientes o su propio consumo, el cual además, debe cumplir con las especificaciones de calidad establecidas (art. 11.1 a), b) y 11.2.d) y e) RD ATRSEI).

En orden al correcto funcionamiento del sistema, deben comunicar su programa de aprovisionamiento y consumo, así como cualquier incidencia sobre él que pueda hacer variar sustancialmente las previsiones, tanto a los titulares de las instalaciones con quienes hayan suscrito los contratos de acceso como al GrTS. De igual forma, tienen derecho a recibir con la antelación suficiente, cualquier información referente a la operación del sistema gasista que pueda tener incidencia sobre la regularidad y calidad del suministro, todo ello en conformidad con los contratos de acceso que hayan suscrito.

Por otra parte, están obligados a informar a la DGPEM del MINECO y a la CNE, los datos relativos al consumo, al aprovisionamiento y existencias, con el detalle, forma y periodicidad que el MINECO estime necesario. Además, deben garantizar el secreto de la información confidencial que haya sido puesta a su disposición (11.1 d) y 11.2 a) y c) y f) RD ATRSEI).

Adicionalmente, los CDM deben disponer de los equipos de medida necesarios y permitir el acceso a los mismos por parte de los titulares de las instalaciones a las que estén conectados, así como darles el mantenimiento adecuado dentro de los límites de precisión establecidos (art. 11.2 b) RD ATRSEI).

En especial, los consumidores pueden solicitar la conexión, mediante una línea directa, a la red de gasoductos más próxima que reúna las condiciones técnicas adecuadas o la conexión al titular de las instalaciones de transporte o distribución (art. 11.1.c) RD ATRSEI).

En relación con la lectura de los contadores, cuando se aprovisionan directamente, tienen la posibilidad de proceder por sí mismos o a través de terceros a realizar la lectura de sus consumos propios. En general, pueden acceder y solicitar la verificación de los contadores asociados a los suministros efectuados. Cuando el suministro al consumidor lo realiza un comercializador, es éste quien tiene derecho por sí mismo o a través de terceros, a realizar dicha lectura, quedando en ambos casos, ya sea el consumidor o el comercializador, en la obligación de comunicarla al GrTS y al distribuidor al que estén conectados las instalaciones del consumidor final (art. 11.1.e) y f) RD ATRSEI).

En todos los casos, deben suscribir las pólizas de seguros respectivas para cubrir los riesgos que para personas o bienes puedan derivarse de sus actividades (art. 11.2.g) ATRSEI).

B. Solicitud de acceso. Contenido y formalidades.

El primer paso para concretar el derecho de acceso lo constituye la presentación de una petición formal a tal efecto. Algo en apariencia tan sencillo se convirtió en uno de los primeros problemas con que se encontró el sistema de ATR. La regulación relativa al

contenido y formalidades de dicha solicitud, a la entrada en vigor de la LSH, estaba regulada en el artículo 4 del RD 1914/1997, según el cual los sujetos interesados en hacer efectivo su derecho de acceso debían remitir una «petición formal a los concesionarios». La norma no hacía más especificaciones. Posteriormente, dicha norma quedó derogada por el RD 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la CNE, el cual en su artículo 15, regula algunos aspectos relativos a la formalización del derecho de acceso. Pero éste último tampoco aclaró cuáles eran los datos y características que debía contener la citada petición formal⁷⁰¹. Este vacío normativo provocó no sólo problemas propiamente referidos a la solicitud como tal, sino también, y más grave, a las relaciones entre los sujetos con derecho de acceso y el GrTS. La falta de especificación de los citados requisitos motivó algunos conflictos de acceso ya que los receptores de las solicitudes alegaban que éstas no cumplían con los requisitos necesarios para tramitar la solicitud. Esta circunstancia indistintamente de la aceptación o no de las razones de fondo para conceder o denegar el acceso solicitado, generó retrasos en las decisiones de las empresas y se prestó para interpretaciones poco convenientes ya que se aludió, por ejemplo, a la de falta de objetividad y transparencia en las relaciones con el GrTS.

Al respecto, la propia CNE, en un primer intento de solución, interpretó que se trataba de una solicitud que debía contener una petición «clara y manifiesta con toda la información y datos que fueran necesarios para que el titular de las instalaciones pueda pronunciarse sobre el acceso»⁷⁰².

⁷⁰¹ En este sentido, la CNE señaló en su día que «la reglamentación en cuanto a la formalización del derecho de acceso (...) sólo está regulada en cuanto a la remisión de una **petición formal** a los titulares de las instalaciones, **sin especificar, cómo debe hacerse, qué debe contener, cómo se debe concretar, por cuánto tiempo debe permanecer vigente, a qué obliga, cómo ha de tramitarse, etc.** Por todo ello, incluso aceptado un criterio no explícito normativamente, pero implícitamente asumido por los agentes, como puede ser el cronológico en la asignación de la capacidad, debido a la ausencia de normativa **existe una indefinición e imprecisión significativa en cuanto a la formalización del derecho de acceso.**», Resolución de la CNE al CATR 2/2001, de 25 de mayo de 2001, p. 20.

⁷⁰² Vid. Resolución de autorización para la denegación del acceso a Gaz de France, de 17 de julio de 2001, p. 20, en la que se señala que la formulación de estos modelos normalizados de solicitud de acceso surge a raíz de observaciones realizadas por la CNE desde el momento de la formulación del Reglamento que comprende esta materia -Informe de la CNE 8/2001, de 27 de abril de 2001- que fueron desoídas y luego se confirmaron con situaciones prácticas, como la planteada en la Resolución del expediente tramitado por la CNE, a instancia de ENAGAS, S.A., solicitando la autorización para la denegación del acceso a Gaz de France, de conformidad con el artículo 70.4 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del

Finalmente, el propio artículo 5.1 del RD ATRSEI, modificado por la DA 1ª del RLSH viene a determinar algunas características específicas de la petición formal, y dispone una habilitación expresa a la CNE, contenida en la misma norma, con la finalidad de que ésta elabore y proponga los modelos normalizados para su aprobación o modificación por parte de la DGPEM. De esta manera se corrigió, finalmente, una omisión en la legislación relativa al contenido y formalidades que debe contener la citada solicitud formal.

Consecuentemente, el RD ATRSEI, dispone de forma general, algunos requisitos dependiendo de la instalación a la cual se pretenda el acceso. Para el caso de las plantas de regasificación y de los almacenamientos el citado reglamento prescribe que la solicitud debe remitirse al titular de la instalación indicando el calendario y programa de su utilización, y tratándose de instalaciones del sistema de transporte y distribución señala que ésta debe determinar el calendario de utilización y presentarse ante todos los titulares de las instalaciones a las que estén conectados los puntos de entrada del gas natural, indicando también los puntos de salida del mismo. Adicionalmente, establece que cuando se pretenda realizar un acceso simultáneo a instalaciones diferentes de un mismo titular, el trámite puede realizarse conjuntamente (art. 5.1 RD ATRSEI).

En la actualidad, se utilizan los modelos normalizados de solicitudes de acceso para cada una de las instalaciones, los cuales, de acuerdo con el mandato expreso a la CNE contenido en el RD ATRSEI han sido elaborados por ésta y aprobados por la DGPEM⁷⁰³. Estos modelos especifican los datos necesarios para evaluar la solicitud de

sector de Hidrocarburos. Pues, ante el envío de dos escritos por parte de France de Gaz solicitando el acceso, ENAGAS sólo consideró como “petición formal” el segundo de ellos, aspecto que influyó en el conteo de los plazos. Entonces, la CNE interpretó que «a falta de normativa expresa que las regule (las formalidades de la petición), la solicitud debe contener una petición clara y manifiesta con toda la información y datos que fueran necesarios para que el titular de las instalaciones pueda pronunciarse sobre el acceso (...) la existencia de un modelo normalizado de petición formal permite diferenciar claramente una petición formal de acceso de una consulta informativa sobre la existencia de capacidad». Si bien en el citado informe, el argumento esgrimido no fue considerado relevante para resolver el conflicto de acceso, éste aspecto sí se consideró de relevancia en la resolución del conflicto planteado por Gas Natural Comercializadora S.A. frente a Dicogexsa. CATR 4/2001, 5 de septiembre de 2001, p. 10.

⁷⁰³ Dichos modelos fueron aprobados por «Resolución de la Dirección de Política Energética y Minas por la que se aprueban los modelos normalizados de solicitud y los modelos normalizados de contratación, para el acceso por terceros a las instalaciones gasistas», de 24 de junio de 2002, que entró en vigor el 1 de julio de 2002.

acceso, según sea el tipo de instalación al que se solicita⁷⁰⁴. A partir de su puesta en práctica, este tipo de conflictos parece haberse extinguido.

Finalmente, el artículo cuarto del RD 1766/2007 ha añadido dos nuevos apartados al artículo 5 del RD ATRSEI. El nuevo apartado 2 faculta al GrTS para establecer una especie de filtro de las solicitudes de acceso en el caso de que observe que pueden concurrir en una causa de denegación relativa a la alteración del principio de reciprocidad, que se estudia más adelante. En ese supuesto, deberá remitirla a la CNE para que ésta se pronuncie con «carácter vinculante para el titular de la instalación sobre la conveniencia de denegarla o condicionarla de acuerdo con el principio de proporcionalidad».

C. Tramitación de la solicitud de formal de acceso y evaluación de las posibilidades del sistema

En relación con la tramitación de la solicitud formal, otro aspecto importante que se introdujo con el RD ATRSEI, en orden a la aplicación de los principios que rigen el sistema, es el criterio a partir del cual se resuelven dichas solicitudes: el orden cronológico de entrada, es decir, atendiendo al orden de recepción de las peticiones. Para garantizar su cumplimiento, el titular de las instalaciones debe registrar con acuse de recibo todas y cada una de las solicitudes de acceso que le presenten y remitirlas a la CNE, quien tiene la obligación de mantener listados actualizados en donde aparezcan los solicitantes de acceso y el orden de prioridad de las mismos (art. 5.1 RD ATRSEI). Sin embargo, este criterio que en principio ha resultado apropiado a los efectos del procedimiento, se ha revelado insuficiente, en especial, para el caso de las instalaciones de almacenamiento, para las cuales se han dispuesto otros criterios en un procedimiento diferenciado, que se estudia en un epígrafe más adelante. De ahí que, el tercer apartado añadido al artículo 5 del RD ATRSEI por el RD 1766/2007 disponga la posibilidad de que el MITC establezca «criterios de asignación de capacidad de las infraestructuras gasistas en las que se pueden presentar congestiones o a las conexiones internacionales

⁷⁰⁴ Hay un modelo para la reserva de capacidad de almacenamiento subterráneo, de regasificación, y para la reserva de capacidad a las instalaciones de transporte distribución. Se ha creado un modelo para el punto de entrada y otro para el punto de salida.

diferentes al criterio cronológico, con el fin de obtener una gestión más eficaz del acceso a las mismas». Llama la atención el hecho de que esta facultad se asigne al MITC y no al GrTS, quien en principio está más calificado y mejor informado sobre estos aspectos. Por otra parte, tampoco se establece la forma y el procedimiento que se seguirán de acuerdo con los criterios que determine.

Siguiendo con el procedimiento ordinario de acceso inicialmente establecido por el RD ATRSEI, otra laguna que se encontró fue la inexistencia de un procedimiento específico para subsanar posibles errores y/o que permitiera completar las solicitudes. De manera que hubo que introducir otra modificación a partir de la cual se determinó que, cuando la solicitud de acceso se presente incompleta o haya sido incorrectamente formulada, el titular de la instalación ante quien se presentó debe devolverla en el plazo de 3 días hábiles, con una indicación de los datos que deben completarse o subsanarse, contando el petionario con un plazo de 6 días hábiles para dicho efecto. No obstante lo anterior, se determinó que a efectos de prioridad de acceso, el titular de la instalación debe conservar la fecha inicial de la solicitud. Transcurridos los 6 días, sin que la solicitud sea reenviada debidamente subsanada, ésta pierde su validez y, en cualquier caso, debe formularse una nueva (art. 5.1 RD ATRSEI⁷⁰⁵).

Seguidamente, en un plazo máximo de 6 días hábiles, el titular de las instalaciones debe remitir la solicitud, junto con un informe de la evaluación de la posibilidad de prestación del servicio de sus propias instalaciones, tanto al GrTS como a los titulares de las instalaciones donde estén conectados los puntos en los que se pretende la entrega del GN. De esa manera, se establece la coordinación entre los distintos sujetos del SG permitiendo que se simplifique, en alguna medida, la solicitud del acceso. Y es que es el titular de la instalación por la que se solicita la entrada al sistema, el encargado de realizar las consultas respectivas a efecto de establecer las posibilidades del sistema⁷⁰⁶.

⁷⁰⁵ Así dispuesto por una modificación introducida al artículo 5.1 del RD ATRSEI, por la DA Primera del RLSH.

⁷⁰⁶ Vid. Resolución de la CNE al CATR 7/2001, de 11 de abril de 2002, p. 24.

Los citados sujetos, a su vez, deben emitir un informe sobre la viabilidad de la prestación solicitada. En el caso del GrTS, su informe debe versar sobre las posibilidades del conjunto del sistema. Dichos informes deben incluir las alternativas existentes en caso de imposibilidad de prestar el servicio. El transcurso de un plazo de doce días hábiles sin que se hubieran remitido «supondrá la aceptación de la solicitud por los sujetos que deberían remitirlos». Esta aceptación tácita no implica el acceso a las instalaciones solicitadas, sino que está referida a las de los titulares de las instalaciones afectadas y al GrTS y no, al que debe emitir, motivadamente, el titular de las instalaciones a las cuales se envió la solicitud de acceso originalmente⁷⁰⁷ (art. 5.2 RD ATRSEI) .

Con base en los citados informes, sin superar un plazo máximo de 24 días hábiles a partir de la recepción de la solicitud⁷⁰⁸, el titular de las instalaciones debe emitir una respuesta motivada a la petición formulada, tanto en caso de aceptación como de rechazo. En este último, la decisión deberá ser comunicada también a la DGPEM y a la CNE. Ante el rechazo de la petición, o transcurrido el plazo sin recibir respuesta, el solicitante podrá elevar escrito de disconformidad ante la citada CNE⁷⁰⁹, según el procedimiento que se estudia posteriormente.

Finalmente, con el propósito de agilizar el procedimiento, el reglamento establece la posibilidad de reducir a la mitad todos los plazos anteriormente señalados, en el supuesto de que la solicitud de acceso se realice «para un consumidor que se encuentre, en el momento de la solicitud consumiendo gas en condiciones similares a las solicitadas» (art. 5.2 RD ATRSEI).

⁷⁰⁷ En este sentido se ha pronunciado la CNE en su Resolución del CATR a la planta de regasificación CATR 16/2002 de 30 de enero de 2003, p. 26.

⁷⁰⁸ Por lo tanto, debe interpretarse que, el plazo para la subsanación de errores interrumpe el plazo máximo de 24 días para emitir una respuesta motivada.

⁷⁰⁹ La CNE resolverá de acuerdo con lo establecido en la D.A. 11. Tercero, Sección 3.a del Capítulo II, del RD 1339/1999 de 31 de julio.

D. Excepciones a la obligación de acceso de terceros.

Es preciso advertir sobre dos situaciones excepcionales referidas al derecho de ATR. Por un lado, la LSH en su artículo 101 c), establece la posibilidad de que el Gobierno en situaciones de escasez de suministro en las que se puedan ver amenazadas la seguridad de las personas, aparatos o instalaciones o la integridad de la red, adopte medidas tales como «Suspender o modificar temporalmente los derechos de acceso». Por otro, una de las últimas reformas introducidas a la LSH en esta materia, mediante RD-L 5/2005, está referida a la posibilidad de hacer excepciones a la obligación de ATR. La reforma añade un apartado 5 al artículo 70 de la LSH, con la siguiente redacción: «Con carácter excepcional se podrá exceptuar de la obligación de acceso de terceros a determinadas instalaciones nuevas o que supongan aumentos significativos de capacidad de las infraestructuras existentes, que por sus características singulares así lo requieran. En el caso de conexiones internacionales con instalaciones de países terceros, que no formen parte de la Unión Europea, la citada excepción se hará constar en la planificación en materia de hidrocarburos elaborada por el Gobierno de acuerdo con lo establecido en el artículo 4. La citada excepción supondrá la no inclusión de la instalación en el régimen retributivo del sector de gas natural». El citado artículo 4 está referido a la planificación de las instalaciones.

La primera es una situación bien conocida y fundamentada en aspectos de planificación general y mantenimiento de la estabilidad económica; la segunda norma, incluye una nueva excepción que parece estar referida a una situación específica: las instalaciones utilizadas para recibir gas de países que no forman parte de la Unión Europea. El artículo en cualquier caso no es muy preciso, ni en cuanto a las situaciones fácticas que puedan dar lugar a ese requerimiento ni en cuanto a las condiciones aplicables. Habrá que esperar su desarrollo reglamentario.

3. La contratación del acceso a las instalaciones. La formalización de la solicitud de acceso

El RD ATRSEI establece las formas, modos, condiciones y plazos que deben respetarse a efecto de llevar a cabo la contratación del acceso. En apariencia, en un esfuerzo por cubrir los mínimos detalles del proceso de contratación, dadas algunas dificultades que

se han observado en la práctica, incluso dispone expresamente quiénes son los sujetos obligados a firmar los contratos, así como los mecanismos para su modificación y prórroga.

En ningún caso los contratos pueden contener cláusulas que supongan derechos u obligaciones que excedan, en perjuicio del solicitante, las establecidas en el Reglamento, que se exponen más adelante. Ello sin perjuicio de las causas y condiciones de extinción y resolución de los contratos que puedan pactarse.

Adicionalmente, mediante este RD ATRSEI, se encargó a la CNE la elaboración de modelos normalizados de contratos de acceso a las instalaciones del sistema gasista, para su propuesta ante la DGPEM para su aprobación o modificación⁷¹⁰. Estos modelos establecen el contenido mínimo de la contratación por lo tanto, ello no impide a las partes llegar a acuerdos sobre otras cuestiones relativas al acceso, siempre y cuando se respete, claro está, el Ordenamiento jurídico⁷¹¹. En caso de disconformidad con la aplicación de los modelos normalizados, cualquiera de las partes podrá plantear el conflicto ante la CNE⁷¹².

⁷¹⁰ Los modelos fueron aprobados por Resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas, de 24 de junio de 2002. Con ellos se pretende solucionar problemas relativos a la falta de información y transparencia, que frecuentemente son causa de demoras para la firma de los contratos, debido a que la negociación de las condiciones entre los comercializadores y los titulares de las instalaciones, suele prolongarse. Tempranamente había señalado la CNE que «En la aplicación práctica de este modelo de contratación en España, se han detectado problemas relacionados con la falta de información y transparencia derivadas de la inexistencia de modelos de contrato de acceso estándar o tipo. Esto provoca demoras en la firma de los contratos, que pueden ser atribuidas a la discusión de condiciones de los contratos entre los comercializadores y los titulares de las instalaciones. De esta manera, y transcurridos ya más de dos años de la publicación de la Ley 34/1998, no se dispone aún de un modelo de contrato estándar aceptado por todas las partes, y los modelos de contrato de acceso firmados hasta la fecha llevan el calificativo de provisionales.» Resolución de la CNE al CATR 2/2001, de 25 de mayo de 2001, pp. 20-21.

⁷¹¹ En este sentido, Resolución de la CNE, al CATR 8/2002, de 8 de agosto de 2002, p. 9.

⁷¹² Que resolverá de acuerdo con lo previsto en la Sección 3ª del Capítulo II del RCNE. Según modificación introducida al artículo 7.4 del RD ATRSEI, por la DA 3ª del RLSH, que elimina el plazo de un mes que estaba establecido al efecto.

A. Sobre la naturaleza jurídica del contrato de ATR.

En cuanto a la naturaleza del contrato de ATR cabe hacer una breve caracterización. En principio, parece claro que cuando se habla de la contratación del acceso a las instalaciones, se hace referencia a un contrato que se enmarca dentro del derecho privado, no resta ningún elemento que permita considerar que dicho contrato deba regirse por el derecho público. Ni siquiera se trata de un contrato en el que necesariamente, al menos uno de los sujetos es el beneficiario último del servicio prestado, es decir, el consumidor final no está siempre en esta relación. Sin embargo, en el marco de la consideración de la actividad como de «interés económico general», y a razón de que el sistema se ha concebido dentro del llamado acceso regulado este se ha configurado como un contrato forzoso⁷¹³. Y es que el titular de las instalaciones en relación con las cuáles pueda ejercerse el derecho de acceso tiene la obligación, según se vio anteriormente, estipulada en el artículo 10.2 b) del RD ATRSEI, de «suscribir, en condiciones transparentes, homogéneas y no discriminatorias, los contratos de acceso (...) en los términos que se recogen en el presente Real Decreto y disposiciones que lo desarrollen». Adicionalmente, su contenido mínimo está también definido en el artículo 7.1 del RD ATRSEI, según mandato expreso del artículo 70.2 de la LSH que, de acuerdo con su última modificación introducida por el artículo único.19 de la Ley 12/2007, se reglamentarán también las condiciones de funcionamiento del mercado secundario de capacidad.

De ahí que, la presencia de la Administración a través de la configuración del marco dentro del cual deben contratar los sujetos, es bastante significativa, tanto como para encargar a la CNE la elaboración de los modelos normalizados de los contratos de acceso. Otra característica particular de los mismos es que el precio no se fija libremente sino que está establecido por el Gobierno mediante las tarifas, peajes y cánones que aprueba periódicamente, según se estudiará en el siguiente capítulo.

⁷¹³ En este sentido, SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, M., «El seguimiento por la Comisión de Energía de las solicitudes de acceso al sistema gasista», *RGDA*, IUSTEL, núm. 8, marzo 2005, p. 4.

B. Plazos y condiciones de la contratación

A tenor de lo dispuesto en el RD ATRSEI, una vez obtenido el acceso, el solicitante puede contratar, de manera separada o conjunta, los servicios de regasificación, almacenamiento, transporte y distribución. En el caso de las instalaciones de regasificación y almacenamiento, el contrato debe ser suscrito por el solicitante del acceso y el/los titulares de las instalaciones respectivas. Tratándose de instalaciones del sistema de transporte y distribución, el contrato debe ser suscrito por el solicitante de acceso con los titulares de las instalaciones donde esté situado el punto de entrada del gas a dicho sistema, añadiéndose un anexo por cada uno de los titulares de las instalaciones donde estén situados los puntos de salida del gas al consumidor final, los cuales también deberán ir suscritos por el titular de las mismas y por el solicitante⁷¹⁴.

Para la firma del contrato por las partes se establece un plazo que no debe superar los veinticuatro días hábiles desde la aceptación de la solicitud de acceso⁷¹⁵. Si transcurrido este período no se ha formalizado el contrato, el solicitante puede instar conflicto de acceso frente a la CNE, que resolverá de acuerdo con el procedimiento previsto en la DA undécima, tercero, de la LSH y en la sección 3.a del Capítulo II del Reglamento de la CNE, relativo al procedimiento de resolución de conflictos -que se estudiará con detenimiento en el capítulo séptimo de este estudio-. En cuyo caso, la CNE se pronuncia

⁷¹⁴ Este modelo de acceso es llamado de entrada/salida, y supone una simplificación del modelo punto a punto establecido en el RD 1914/1997, que fue derogado por éste. Según las observaciones realizadas por la CNE en su Informe 8/2001, de 29 de abril de 2001, con este nuevo modelo, por un lado, «Se evita la negociación con transportistas y distribuidores intermedios, que recibirán su retribución vía liquidaciones» lo cual simplifica el proceso de contratación y permite establecer flexibilidad en los puntos de salida, pero por otra parte, «presenta el problema de definir las obligaciones de los transportistas y distribuidores intermedios, que no firman el contrato, así como el reparto de obligaciones entre el transportista inicial y el distribuidor final, que firman documentos diferentes». pp. 26-27 y 29.

⁷¹⁵ De acuerdo con el criterio de la CNE «El establecimiento de un plazo para formalizar el contrato de acceso es muy adecuado, ya que una vez contestada afirmativamente una solicitud de acceso, no se puede mantener indefinidamente una reserva de capacidad a favor de un comercializador si no se formaliza dicho contrato de acceso, comprometiendo al comercializador al pago de la contraprestación económica correspondiente a los servicios de acceso contratados». Informe 8/2001, de 29 de abril de 2002, p. 27. También puede verse la Resolución de la CNE al conflicto CATR 2/2001, de 25 de mayo de 2001, p. 20-21. y en el mismo sentido, Resolución de la CNE al CATR 4/2001, de 5 de septiembre de 2001, p. 18.

sobre las diferencias y sí proceden o no las cláusulas propuestas, y establece un plazo para la firma del contrato⁷¹⁶.

Como una medida adicional, el RD ATRSEI dispone que las empresas titulares de instalaciones de transporte o distribución deben establecer acuerdos con las empresas titulares de instalaciones de entrada al SG, en los que se recoja la conformidad con los contratos de acceso de terceros a la red de GN, que pudieran afectar a sus instalaciones, así como la definición de los puntos de entrada y salida de las mismas, y los sistemas de medición (art. 6.1 RD ATRSEI).

C. Modalidades de contratos. Limitaciones al destino de la capacidad de las instalaciones.

La normativa que regula la contratación de las instalaciones establece dos tipos de contratos: a largo y a corto plazo. Se consideran contratos a corto plazo aquellos cuya duración es inferior a dos años, y a largo plazo, los de duración igual o superior a dicha dilación⁷¹⁷. Asimismo, el artículo 6.6 del RD ATRSEI dispone algunas limitaciones en cuanto al porcentaje de capacidad de las instalaciones que puede destinarse a cada uno de ellos. Al respecto señala: «Las empresas transportistas⁷¹⁸, destinarán a contratos de duración inferior a dos años al menos el 25 por 100 de la suma de las capacidades de sus instalaciones de regasificación, almacenamiento y entrada al sistema de transporte y

⁷¹⁶ Vid. Resolución de la CNE al CATR 8/2002, de 8 de agosto de 2002, p. 28.

⁷¹⁷ Para la fijación de estos plazos -que no son los del texto original de la norma-, se consideraron las observaciones de la CNE que, haciendo un contraste con la oferta de contratos de acceso en países de la Unión Europea determinó que «la duración contractual mínima de dos años es una de las principales rigideces del sistema español ante el acceso de nuevos comercializadores», indicando que, en el Reino Unido hay contratos de acceso anuales, mensuales y diarios; en Holanda y Bélgica, contratos anuales y mensuales; y en Alemania y Francia se establece un plazo mínimo contractual de un año. Informe 8/2001, op. cit., p. 32. La norma, en su redacción inicial, establecía: «El 75 por 100 de la capacidad total de las instalaciones se destinará a contratos de duración mínima de dos años. El 25 por 100 de la capacidad total de las instalaciones de regasificación, almacenamiento y entrada al sistema de transporte y distribución se destinará a contratos de una duración inferior a dos años». A la entrada en vigencia del RD ATRSEI, su DT 4ª, estableció que los titulares de instalaciones de regasificación, transporte o almacenamiento, cuyos contratos de acceso con plazo de vigencia superior a dos años, superaran el 75 por 100 de sus instalaciones, podrían mantenerlos hasta su vencimiento, sin que pudieran prorrogarse o suscribir nuevos contratos con plazos superiores a dos años, en tanto no se cumpliera dicha previsión.

⁷¹⁸ Nótese que habría de hacerse referencia también a los distribuidores, puesto que igualmente se está regulando la capacidad de las instalaciones de distribución. Hay una omisión importante en este sentido.

distribución»⁷¹⁹. Por otra parte, establece que cada comercializador no podrá acceder a más de un 50% de las capacidades destinadas a este fin. Con la potestad conferida al MINECO –léase MITC- de revisar estos porcentajes en función a la evolución del mercado.

Adicionalmente, se añadió la prohibición de solicitar el acceso a las instalaciones de regasificación, almacenamiento y entrada al sistema de transporte y distribución, con el propósito de contratar a corto plazo, con una antelación superior a 12 meses, de la fecha de comienzo indicada para el inicio de los servicios solicitados⁷²⁰. (art. 6.6 RD ATRSEI)

D. Potestas del GrTS en relación con los contratos firmados. Medidas para asegurar el funcionamiento eficiente del sistema.

En orden al mejor funcionamiento del sistema, el texto original del artículo 6.4 del RD ATRSEI otorgaba al GrTS la facultad de solicitar la reducción de la capacidad de reserva, siempre que se dieran ciertas condiciones expresamente establecidas: primera, que transcurrido un año desde que había sido hecha la reserva de capacidad inicial o, en su caso, desde que se hubiera efectuado cualquier modificación sobre ésta, observara una continuada infrautilización de la misma, y segunda, la falta de capacidad disponible para otros sujetos que lo solicitaran a causa del mantenimiento de tal reserva inutilizada convirtiéndose en causa de denegación de acceso⁷²¹. No obstante, dicho mecanismo

⁷¹⁹ La referencia a la «suma de las capacidades de las instalaciones» fue otro aspecto sobre el que se discutió, pues originalmente la norma decía: «la capacidad total de las instalaciones», pero así establecido, no quedaba claro si se estaba refiriendo a la suma capacidad total de todas las instalaciones o a la capacidad total de cada una de ellas, aspecto que fue objeto de varias interpretaciones que produjeron conflicto. Al respecto, vid.: Resolución del CATR 4/2002, de 30 de abril de 2002, p. 63, y al CATR 17/2002, de 17 de febrero de 2003. La redacción actual del artículo 6.6 del RD ATRSEI fue dada por DA 2ª del RLSH, que además modificó la numeración del articulado. Se corrigió así, un motivo de falta de transparencia en la regulación.

⁷²⁰ La regulación de este tipo de plazos tiene especial importancia considerando la situación del mercado en donde los consumidores tienen derecho a cambiar de comercializador, y ello supone de acuerdo con el RLSH, la modificación, de forma automática, a partir de la fecha del cambio, de los correspondientes contratos de acceso al sistema de transporte y distribución de los comercializadores afectados (art. 46.4 RLSH).

⁷²¹ Como ha señalado la CNE, esta regulación es «reflejo del principio de utilización o pérdida- «use it or lose it» CATR 8/2001, cit., p. 68.

resultó insuficiente para asegurar la utilización de la capacidad reservada y, especialmente para impedir que se reservara capacidad que no se tenía intención de utilizar o cuya utilización no estaba asegurada por requerir la construcción de nuevas instalaciones, provocando así distorsiones en la competencia, puesto que, a su vez esa capacidad reservada implicaba la insuficiencia de capacidad para otros sujetos del sistema. De ahí que, mediante una modificación a esta disposición se disminuyó a la mitad –6 meses- el plazo que el gestor debía esperar para solicitar dicha reducción, y se estableció que si la capacidad utilizada realmente es inferior al 80% de la establecida en el contrato, las capacidades contratadas se disminuirán automáticamente en el porcentaje no utilizado. Adicionalmente, para reforzar esta medida, se dispuso la constitución de una fianza⁷²² en el momento de la firma del contrato de acceso⁷²³. Dicha fianza se restituye al solicitante una vez que ha transcurrido un año a partir del inicio del suministro, salvo si, transcurridos 6 meses desde la fecha prevista en el contrato para el inicio del suministro, o desde que se hubiese efectuado cualquier modificación, la capacidad realmente utilizada es inferior al 80% de la establecida en el contrato, en cuyo caso, se perderá automáticamente el porcentaje no utilizado y la parte correspondiente de la fianza⁷²⁴ (art. 6.4 RD ATRSEI⁷²⁵).

⁷²² La cuantía de la fianza se estableció en doce meses del término fijo del peaje correspondiente, aplicados sobre el 85 por ciento de las capacidades contratadas. La citada fianza puede constituirse por alguno de los siguientes medios: «a) Aval prestado por alguno de los bancos, Cajas de Ahorro, Cooperativa de crédito, Sociedad de Garantía recíproca, autorizados para operar en España. B) Por contrato de seguro de caución celebrado con entidad aseguradora autorizada para operar en el ramo de caución.» art. 6.4. RLSH. A efectos de la gestión económica del sistema, la cantidad que ingrese el titular de la instalación como consecuencia de la ejecución de dicha fianza se computa como ingreso liquidable.

⁷²³ En este sentido, la CNE destacó la importancia de la obligación de prestar una fianza en el momento de celebrar el contrato «con el objeto de dotar a este de mayor seriedad y garantizar el uso efectivo de las capacidades reservadas», Informe 17/2002, de 4 de diciembre de 2002, punto 6.III.

⁷²⁴ Con anterioridad a la reforma introducida en este sentido por el RLSH, una de las causas que motivó la presentación del CATR 3/2002, de 21 de enero de 2002, fue la exigencia por parte de ENAGAS, a la empresa solicitante del acceso de una garantía de la ejecución del contrato. Sin embargo, en esta ocasión se consideró que constituía una exigencia restrictiva que no estaba contemplada entre las condiciones mínimas del contrato, contempladas en el artículo 7.2 del RD 949/2001, y por tanto, que dicha garantía no podía ser exigida, y tampoco una de las causas de denegación del acceso, según se verá luego. No obstante, en dicha oportunidad, la CNE manifestó la conveniencia de modificar la legislación para establecer en determinados supuestos una obligación de ese tipo con el objeto de asegurar la adecuada protección del sistema, p. 22.

⁷²⁵ En su redacción vigente después de la modificación introducida por la DA 2ª del RLSH.

Todo lo anterior, debe entenderse, según el art. 6.4 RD ATRSEI, «sin perjuicio, en su caso, del análisis de dicha situación de acuerdo con la legislación de defensa de la competencia». En cualquier caso, el sujeto cuya capacidad reservada puede verse reducida puede manifestar su disconformidad, planteando conflicto ante la CNE, en el plazo de 1 mes contado a partir del día en que se le notifique la decisión del GrTS de reducir la capacidad. El plazo para resolver y notificar es de 3 meses transcurrido el cual se debe entender desestimada la pretensión (art. 6.5. RD ATRSEI⁷²⁶).

Por su parte, la DT Décima del RLSH estableció un plazo de tres meses para que aquellos sujetos que tuvieran contratadas capacidades ociosas, «cuyo mantenimiento pudiera restringir la competencia efectiva» en el sistema, formularan las peticiones de reducción que consideraran convenientes, tanto en cuanto a volumen como en cuanto al plazo contractual, exceptuándolos del cumplimiento de lo establecido en el artículo 6.3 RD ATRSEI, que establece las condiciones y plazos para solicitar reducciones de capacidad. Todo ello sin que les implicara ningún coste, a condición de que presentaran ante el GrTS, un análisis de mercado que justificara tales reducciones. Consecuentemente, la obligación de constituir una fianza, aplicable a todos los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor del RLSH, sólo lo sería en la proporción de la capacidad contratada una vez realizadas las deducciones, para aquellos que se acogiesen a esta disposición⁷²⁷ (DT 10ª 4. RLSH).

Adicionalmente, dispuso el destino preferente de la capacidad liberada por dichas reducciones, estableciendo que se dirigiría a cubrir las necesidades de acceso que cumplieran dos características: garantizar la continuidad de los contratos de ATR vigentes y realmente utilizados, cuyo vencimiento se produjera con anterioridad a diciembre de 2004, y que el peticionario del acceso no dispusiera de otra vía de acceso al sistema español que le permitiera dar continuidad a los suministros, al vencimiento de tales contratos (DT 10ª. 3 RLSH).

⁷²⁶ En su redacción vigente, según modificación introducida por la DA 2ª del RLSH.

⁷²⁷ La disposición DA 2ª que modificó la redacción para incluir esta medida fue impugnada ante la Sala de lo Contencioso Administrativo, por “Unión Fenosa Gas Comercializadora” y por “IBERDROLA GAS, S.A.U”. en ambos casos se declaró sin lugar el recurso y así lo confirmó el TS en Sentencia de 29 de octubre de 2005.

E. Modificación y prórroga de los contratos

De acuerdo con el artículo 6.2 del RD ATRSEI, los comercializadores tienen la potestad para modificar los puntos de salida de GN siempre que exista capacidad para ello, con el único requisito de comunicar a los titulares afectados por el contrato, sin que esto suponga necesariamente la alteración del mismo. Simplemente, deben anexársele los datos correspondientes a las instalaciones y los consumos de los nuevos puntos, y en su caso, suscribirán el contrato los titulares de las instalaciones donde estén situados los nuevos puntos de salida del gas natural. De ello deben dar traslado siempre, al GrTS con el detalle de los nuevos anexos tramitados de consumo superior a 50.000.000 de kWh/año.

También pueden presentarse solicitudes de reducción de capacidad. Éstas deben ser atendidas por los titulares de las instalaciones⁷²⁸ siempre que sean comunicadas con tres meses de antelación y se produzcan un año después de haber efectuado la reserva de capacidad inicial y haber hecho uso efectivo de la misma, o en su caso, de haber procedido a efectuar cualquier modificación sobre la misma. Cuando la causa de la petición de reducción de capacidad sea la «pérdida de clientes»⁷²⁹ a favor de otros comercializadores, el plazo para realizar la comunicación se reduce a un mes.

En relación con el régimen aplicable a las prórrogas, la normativa establece la prohibición de prorrogar los contratos de duración inferior a dos años, es decir los de corto plazo. Los de duración igual o superior a 2 años podrán incluir el régimen de prórrogas que libremente pacten las partes, con la única limitación de que el plazo de preaviso para el ejercicio de las prórrogas no podrá exceder, en ningún caso, de los 6 meses (art. 6.6 RD ATRSEI).

⁷²⁸ Originalmente, el art. 6.3 RD ATRSEI se refería nada más a las instalaciones de transporte y distribución, y disponía la obligación de justificar adecuadamente la reducción. Mediante la modificación introducida por la DA 2ª del RLSH se eliminó esta referencia ampliándolo a todas las instalaciones incluidas en el sistema de ATR.

⁷²⁹ Esta denominación es la utilizada por las Directivas del Gas. En la LSH, sin embargo, se habla de «consumidor».

F. Condiciones mínimas de los contratos de acceso a las instalaciones.

Además de las condiciones marco establecidas anteriormente, en cumplimiento de lo señalado en los artículos 70.2 y 76.3 de la LSH, que disponen el establecimiento de los criterios y condiciones mínimas de los contratos, el RD ATRSEI en su artículo 7, desarrolla 4 condiciones mínimas de los contratos de acceso a suscribir con los transportistas y/o distribuidores titulares de las instalaciones correspondientes. Por lo tanto, puede decirse que existe un cierto margen de negociación delimitado por estas condiciones⁷³⁰.

En primer término, las condiciones se refieren a los sujetos obligados al pago de los peajes y cánones. Estos pueden ser únicamente el comercializador o el consumidor – cualificado, directo en mercado- que haya firmado el contrato de acceso a las infraestructuras. Adicionalmente, establece que el impago por parte del comercializador no confiere al titular de las instalaciones el derecho de cobro de éstos al consumidor cualificado. Así como, el impago del contrato de suministro por parte del consumidor cualificado no exime al comercializador del pago de los peajes y cánones por acceso a las instalaciones.

En segundo lugar, la periodicidad de la facturación de los peajes y cánones de acceso, se estipula con carácter mensual. Sobre las condiciones de la facturación del término de conducción del peaje de transporte y distribución dispone que debe indicarse, el valor promedio del poder calorífico superior del gas suministrado durante dicho período, expresado en kWh/m³ (n).

Un tercer aspecto es el periodo para la realización del pago de los peajes y cánones de acceso, que se establece en 15 días naturales desde la fecha de emisión de la factura por parte del titular de las instalaciones.

⁷³⁰ Como ha señalado la CNE: «estos contratos tienen un contenido mínimo, y que por tanto, no impide a las partes llegar a acuerdos sobre otras cuestiones relativas al acceso y no previstas en los modelos normalizados. Todo ello, claro esta, respetando los límites que en cada caso imponga nuestro Ordenamiento Jurídico», Resolución al CATR 8/2002, cit., p. 9.

La última condición está referida al procedimiento a seguir en caso de impago de los peajes o cánones. En este sentido se estipula, en concordancia con lo señalado en la primera condición, quién es el obligado en caso de incumplimiento: si quien incumple la obligación es el comercializador, el titular de las instalaciones no podrá exigir dicho pago del cliente –cualificado-. Si por el contrario, quien incumple es el cliente –cualificado-, el comercializador no queda eximido de su obligación de pago por el acceso a las instalaciones. Ante cualquiera de los supuestos, el titular de las instalaciones podrá suspender el contrato de acceso cuando hayan transcurrido al menos 2 meses desde que hubiera requerido fehacientemente el pago al sujeto que ha contratado el acceso, sin que el mismo se hubiera hecho efectivo. A estos efectos, el requerimiento se practicará mediante remisión, a la dirección que figure en el contrato de acceso a efectos de comunicación, o por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado, así como de la fecha, identidad y contenido del mismo. Cuando el acceso se realice directamente por parte de un consumidor cualificado, la comunicación debe incluir el trámite de desconexión del consumidor de las redes por impago, precisando la fecha a partir de la que se producirá la desconexión, de no abonarse en fecha anterior las cantidades solicitadas (art. 7.1 d) RD ATRSEI).

G. Otras consideraciones relacionadas con los contratos. Contratación de servicios o instalaciones «libremente pactados».

Finalmente, el art. 6.8 del RD ATRSEI⁷³¹ deja abierta la opción de que los sujetos con derecho de acceso que tengan algún interés particular, suscriban contratos «libremente pactados entre las partes⁷³²», para la utilización de otros servicios e instalaciones que incluyan servicios o condiciones distintas a las anteriormente establecidas, siempre que se haga en condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias. Estas actividades no tienen la consideración de actividades reguladas⁷³³. En particular, estos contratos

⁷³¹ En su redacción vigente, según la re-enumeración realizada por el RLSH y la modificación mediante RD 942/2005, de 29 de julio art. Segundo.Uno.

⁷³² La referencia expresa a la «libertad de pactar» resulta muy indicativa de la etapa de transición en que se encuentra el sector, pues se cita más bien una excepción a la regla en un sector despublicado.

⁷³³ En este sentido se ha pronunciado la CNE en la Resolución al CATR 03/2004, instado por comercializadora contra distribuidora, de 28 de julio de 2004.

pueden estar referidos a la lectura de contadores, facturación, servicio de atención al cliente, mantenimiento de instalaciones, entre otros, y se realizan generalmente, con los distribuidores a los que están conectados los puntos de salida del gas⁷³⁴. Al respecto, se aclara que los ingresos derivados de estas actividades y los costes asociados a los mismos no serán tenidos en cuenta para el cálculo de la retribución.

En cumplimiento de las previsiones de la LSH, la DGPEM, en el anexo 6 a la Resolución de 24 de junio de 2002, estableció los modelos normalizados de contratos de acceso al sistema de transporte y distribución, tanto para la contratación de puntos de entrada como de salida. En el punto 3º de las indicaciones para la utilización de dichos modelos estableció: «Las partes contratantes podrán añadir al presente Contrato las cláusulas particulares que tengan por conveniente siempre que no se opongan a las contenidas en este modelo normalizado. Las cláusulas particulares deberán ser incorporadas como Adenda, formando parte del contenido de este Anexo»⁷³⁵.

H. La información sobre el sistema de ATR. Obligaciones de publicación

En otro orden de consideraciones, para dar mayor transparencia y facilitar la competencia, propiciando la igualdad en el acceso a la información, el RD ATRSEI dispuso la obligación, por parte de los titulares de las instalaciones de regasificación, almacenamiento y transporte, de publicar trimestralmente la capacidad contratada y

⁷³⁴ Con respecto a la libertad para contratar otros servicios debe señalarse que la CNE en su Informe 8/2001, sugirió la eliminación de esta previsión, ya que entre otros motivos en ella se contemplan servicios que sí están regulados como la facturación o la lectura de los contadores; o que son objeto de reglamentación, como el mantenimiento de las instalaciones. En su lugar, propuso la confección de un reglamento específico para reglar los servicios que realizan los distribuidores y comercializadores, que a su vez sustituyera el antiguo Reglamento de Servicio Público de Gases Combustibles de 1973. Sin embargo, como se corrobora, dicha observación no fue atendida.

⁷³⁵ Sobre la base de esta regulación se presentó el conflicto de acceso a las instalaciones gasistas «CATR 03/2004, instado por una comercializadora contra una distribuidora». En este caso, se resolvió a favor de conceder el acceso a la comercializadora a las redes de la distribuidora pues la CNE consideró que ésta última, estaba imponiendo a la comercializadora obligaciones que excedían de las reglamentariamente establecidas, a través del anexo a la contratación, relativas a cánones o alquileres de instalaciones o equipos propiedad de la distribuidora. Textualmente, señala la CNE: «El cambio al mercado liberalizado de un cliente no debe suponer, que la empresa comercializadora, que vaya a suministrarle, asuma obligaciones de contratos preexistentes entre el distribuidor y el cliente, como puede ser el cobro de alquileres de equipos o instalaciones receptoras comunitarias, propiedad de la empresa distribuidora.», p. 23, 24 y 28.

disponible en cada una de sus instalaciones, así como las ampliaciones previstas en cada una de sus instalaciones, distinguiendo la capacidad asignada a tránsitos internacionales, al mercado regulado y al mercado liberalizado. Adicionalmente, para cada uno de ellos, debe distinguir la capacidad asignada para los contratos de acceso de duración mayor o igual a dos años y los contratos de duración inferior a dos años (art. 6.6 RD ATRSEI). La CNE es la encargada de elaborar los modelos normalizados para la publicación de la capacidad contratada y de la metodología para su determinación, que debe ser propuesta para su aprobación o modificación, a la DGPEM (art. 6.6 RD ATRSEI⁷³⁶).

Por su parte, los titulares de las instalaciones deben remitir, con anterioridad al 20 de enero de cada año, un resumen de todos los contratos firmados durante el año anterior, a la DGPEM y al MITC, a la CNE y al GrTS (art. 6.7 RD ATRSEI).

La DT Tercera del RD ATRSEI estableció el régimen para la adaptación de los contratos en vigor al momento de su promulgación. A ese efecto otorgó un plazo de tres meses, disponiendo además la aplicación de las nuevas condiciones «con independencia o no del contrato».

En relación con los distribuidores, el RD 942/2005 introdujo una modificación al art. 6.8 del RD ATRSEI para agregar una nueva obligación a las empresas distribuidoras que ofrezcan alguno de los servicios «libremente pactados» a que se ha hecho referencia en el epígrafe anterior. Al respecto establece que deben «publicar en su página web, de forma actualizada, los precios y condiciones en que se ofrecen cada uno de ellos».

Por su parte, la Orden ITC/3126/2005 en su DT Única.3, estipula otra obligación para las empresas distribuidoras y transportistas consistente en la implantación de un procedimiento informático para proporcionar a los comercializadores y a los responsables del suministro a tarifa- que habrá de existir por tanto hasta el 1 de julio de 2008-, acceso de forma telemática a los datos de teled medida de sus clientes. Así como, la obligación a los consumidores que sobrepasen un determinado nivel de consumo de tener aparatos de teled medida.

⁷³⁶ En su redacción vigente según modificación introducida por la DA 2ª del RD 1434/2002.

Poco a poco se han ido estableciendo obligaciones de este tipo con el propósito de introducir transparencia y objetividad al sistema, pero aún no se cumplirían totalmente los requerimientos que en este sentido establece el Reglamento (CE) núm. 1775/2005 referido en un epígrafe anterior.

4. Causas de denegación del acceso a las instalaciones. Límites materiales de la denegación.

En cumplimiento de los principios de objetividad, transparencia y no discriminación, las causas de denegación del acceso a la red de transporte están específicamente previstas en el artículo 70.3, 70.4 y 76.2 de la LSH. En términos generales, las causas de denegación para el caso de las instalaciones de transporte están referidas a la insuficiente capacidad, o cuando el acceso impida cumplir las obligaciones de suministro; y para las instalaciones de distribución, están relacionadas básicamente con la falta de capacidad.

El artículo octavo del RD ATRSEI, que reglamenta esta materia, poco adicionó a estas normas, más bien reitera sin distinguir entre las redes, por lo tanto, lo generaliza para todas las instalaciones incluidas en el régimen de ATR los criterios establecidos en la LSH, excepto por el procedimiento para la denegación del acceso. Este RD también ha sido modificado por la DA cuarta del RLSH para añadir algunos criterios para la aplicación del supuesto de falta de capacidad. Los supuestos de falta de capacidad y dificultades económicas y financieras graves son básicamente los estipulados en la DG⁷³⁷; el tercero, relativo a condiciones de reciprocidad es una condición impuesta por el legislador nacional. Los tres supuestos se estudian a continuación.

A. La insuficiencia de capacidad, o cuando el acceso impida a cumplir las obligaciones de suministro

El artículo 70.3 de la LSH dispone literalmente: «Podrá denegarse el acceso a la red en caso de insuficiente capacidad o cuando el acceso a la red impidiera cumplir las obligaciones de suministro que se hubieran impuesto o debido a dificultades

⁷³⁷ Los supuestos están establecidos en el artículo 21 de la Directiva del Gas.

económicas y financieras graves que pudieran derivarse de la ejecución de los contratos de compra obligatoria, en las condiciones y con el procedimiento que reglamentariamente se establezca siguiendo los criterios de la legislación uniforme comunitaria que se dispongan»⁷³⁸.

En cuanto a la falta de capacidad disponible durante el período contractual propuesto por el solicitante, el artículo 8 a) del RD ATRSEI⁷³⁹ especifica tres supuestos y algunos criterios que deben considerarse en el momento de aducir esta causa de denegación en tales supuestos. Entendiéndose, en cualquier caso, según el criterio vertido por la CNE, que ésta «debe responder a una pura limitación física por la que técnicamente no sea posible suministrar la demanda con las adecuadas garantías de calidad y seguridad del suministro»⁷⁴⁰.

En primer término, el RD ATRSEI establece de manera un tanto confusa⁷⁴¹ que: «Siempre que el solicitante disponga de capacidad de entrada al sistema suficiente para atender el nuevo suministro, no se podrá denegar el acceso al sistema de transporte y distribución por falta de capacidad cuando se refiera a un suministro existente que se encuentre consumiendo gas natural en las cantidades solicitadas.»⁷⁴².

⁷³⁸ En la DG, se lee «o de que el acceso a la red fuera a impedirles cumplir con las obligaciones de servicio público» art. 21.1 (17.1 DG). Al respecto la CNE señaló que: «Del texto del artículo 70, se infieren, pues los límites materiales del derecho de acceso reconocido por la norma, límites que se explicitan en el establecimiento de unas causas tasadas de denegación, que, como limitativas que son de un derecho legalmente reconocido, deben ser interpretadas de forma restrictiva.», Resolución de la CNE al CATR, Gas de France/ENAGAS p. 26, de 17 de julio de 2001.

⁷³⁹ La redacción de este artículo 8 a) del RD ATRSEI, ha sido modificada por la DA 4ª del RLSH.

⁷⁴⁰ Vid. Resolución CATR 2/2001, añadiendo que: «si se solucionan las restricciones físicas que provocan la ausencia de capacidad, mediante el refuerzo de las instalaciones, el acceso debe ser otorgado», p. 38.

⁷⁴¹ En este sentido, VÁZQUEZ LÉPINETTE, T., «El acceso de terceros a red en el sector de gas en España», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea*, núm. 225, mayo-junio, 2003. p. 78.

⁷⁴² En su redacción original este artículo 8 a) había una frase más que decía: «Este derecho de acceso no estará vinculado a la capacidad de entrada del gas al sistema». Esta frase se eliminó, ya que era objeto de diversas interpretaciones y provocó divergencias. Al respecto, Resolución de la CNE al CATR acumulados 7/2002, 10/2002 y 12/2002; ENI España; Eléctrica del Baix de Llobregat, Iberdrola Gas c. ENAGAS», de 31 de octubre de 2002, pp. 88-90.

En segundo lugar, como una alternativa para acceder a la capacidad solicitada, tratándose de instalaciones de acceso al sistema, es decir, plantas de regasificación y gasoductos internacionales, el propietario de la instalación correspondiente, antes de denegar la petición de acceso, debe comunicar a todos los sujetos con los que tenga contrato de acceso en vigor, la posibilidad de modificación a la baja de la capacidad contratada en los contratos vigentes hasta cubrir la capacidad solicitada. Dicha modificación no supondrá, en ningún caso, posibles costes o penalizaciones que pudieran contener los contratos para la reducción de capacidad de acceso de entrada al sistema. En cualquier caso, antes de denegar la capacidad de acceso, el propietario de la instalación debe solicitar informe al GrTS, sobre la posibilidad de concederlo a través de otra instalación de entrada, que en caso de existir será comunicada al solicitante (RD ATRSEI 8 a) 2⁷⁴³).

Finalmente, el apartado 8 a) 3 del RD ATRSEI señala que la denegación del acceso deberá justificarse dando prioridad de acceso a las reservas de capacidad relativas a los suministradores de GN con destino a consumidores que se suministren en régimen de tarifa firme.

Mientras, para el caso de las instalaciones de distribución, el artículo 76.2 LSH prescribe: «El distribuidor sólo podrá denegar el acceso a la red en caso de que no disponga de la capacidad necesaria. La denegación deberá ser motivada. La falta de capacidad necesaria sólo podrá justificarse por criterios de seguridad, regularidad o calidad de los suministros, atendiendo a las exigencias que a estos efectos se establezca reglamentariamente». De manera que, para este tipo de instalaciones las causas están más delimitadas puesto que los motivos que podrían justificar la falta de capacidad están específicamente referidos a los tres criterios señalados en el propio artículo y cuya regulación ha sido estudiada en el capítulo IV de este estudio.

Ciertamente, el verdadero problema radica en mantener un control ajustado a la realidad sobre la capacidad de las instalaciones. Al respecto, debe recordarse que las NGTS deben regular ese aspecto. Sin embargo, este es otro de los temas en donde la regulación

⁷⁴³ En su redacción vigente según modificación introducida por la DA 4ª, del RLSH.

ha sido tardía, puesto que si bien la propia normativa que creó el GrTS incluyó un nuevo artículo 64.3, en el que entre otras señaló: «prever a corto y medio plazo la utilización de las instalaciones del sistema, así como de las reservas de gas natural, de acuerdo con la previsión de la demanda» (inc. b)), dicha función no se reglamentó sino hasta la promulgación del RD ATRSEI. En consecuencia, la obligación del GrTS de publicar los datos relacionados con la capacidad de las instalaciones se llevó a cabo con retraso con respecto a la entrada en funcionamiento del sistema de ATR, pese a que uno de los principios que deben regir sus actuaciones, como se estudió antes, es el de transparencia. Así las cosas, durante más de un año, que transcurrió entre la creación del GrTS, por el RD-Ley 6/2000 y el RD ATRSEI, que reglamentó la materia, las actuaciones del GrTS fueron puestas en entredicho, a través de los conflictos de acceso planteados, lo cual a su vez, provocó importantes retrasos en las actuaciones de los sujetos del sistema⁷⁴⁴. Finalmente, hay que recordar que las NGTS fueron publicadas en el mes de octubre de 2005⁷⁴⁵.

⁷⁴⁴ Al respecto la CNE, señaló, que «La ausencia de información ha entorpecido las relaciones entre el Gestor Técnico del Sistema y los solicitantes del acceso, dejando a acuerdos bilaterales las relaciones que deberían de haber estado normadas y sujetas a procedimiento. La ausencia de información disponible ha contribuido, a su vez, a desenfocar la percepción que los nuevos agentes del sistema tienen acerca de la objetividad e independencia del Gestor Técnico del Sistema.» Resolución CATR 2/2001, p. 22. En el momento de la tramitación de este expediente, Gas Natural SGD, continuaba poseyendo el 100 por 100 de las acciones de ENAGAS, sobrepasando el plazo señalado al efecto para ajustarse al RD-L 6/2000, en el sentido de que ninguna persona física o jurídica debía disponer directa o indirectamente de una proporción superior al 35 por ciento del capital social o de derechos de voto de ENAGAS y por tanto, contraviniéndolo. Por lo anterior, la CNE, en el mismo informe, invitaba al GrTS a poner de manifiesto su independencia y objetividad mediante el cumplimiento de las obligaciones señaladas.

⁷⁴⁵ Hasta entonces, se conocían varias versiones de dichas NGnTS, -22 versiones-, y que hasta tanto no se alcance un cierto grado de desarrollo y consolidación de todo el sistema, su elaboración requiere un detalle y cuidado que solo se consigue con la práctica, y aunque está claro que, aún aprobadas requerirán una modificación periódica determinada que imprima mayor seguridad a todos los agentes del sistema; también es cierto que sería conveniente su puesta a disposición de todos los agentes del mercado así como, futuros actores entrantes al sistema. Viene a colación la opinión de CABALLERO, R, cuando señala que: «De todas formas, aparece aquí de nuevo la sombra de duda sobre si la propiedad y gestión públicas de estos bienes estratégicos no garantizarían mucho mejor la transparencia del régimen de accesos y su consiguiente control. El sentido del dominio público es precisamente garantizar el uso de un bien público por todos, en igualdad de condiciones, que en los sectores energéticos debería ser gestionado por un ente público y competente.», *op.cit.*, p. 339.

**B. Dificultades financieras derivadas de contratos de compra garantizada.
Procedimiento para realizar la denegación. La intervención del MITC.**

La existencia de dificultades económicas y financieras graves que pudieran derivarse de la ejecución de los contratos de compra obligatoria (take or pay), es otro de los criterios establecidos en el artículo 70.3 LSH. Para aducir esta justificación debe seguirse un procedimiento y adaptarse a los criterios dispuestos por la legislación uniforme comunitaria.

En su artículo noveno, el RD ATRSEI establece el procedimiento para poder denegar el acceso por esta causa⁷⁴⁶. En este supuesto, si la empresa que aprovisiona GN al sistema afronta o considera que va a afrontar dificultades económicas y financieras graves a causa de sus compromisos de compra garantizada (take or pay), adquiridos en virtud de uno o varios contratos de compra de gas, podrá remitir a la DGPEM una solicitud de excepción debidamente acompañada de toda la información pertinente relativa a la naturaleza y magnitud del problema y a las medidas realizadas para intentar solucionarlo⁷⁴⁷. Las solicitudes deben presentarse para cada caso, antes de denegar el acceso solicitado a las instalaciones de la red básica.

Debe destacarse el hecho de que, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 9 del RD ATRSEI, es la DGPEM del MITC quien tiene la potestad para conceder la excepción. Ello tiene sentido en tanto es este Ministerio el encargado de la política energética y su planificación, y el Gobierno, será el sujeto en el que en última instancia recaerá finalmente el posible problema, -como sucedió con el contrato con Argelia referido en el capítulo primero-. No obstante cabe cuestionarse si esta intervención es oportuna, en el sentido de la credibilidad sobre la independencia e imparcialidad de las decisiones que se adopten. Quizás sería más adecuado que dicha

⁷⁴⁶ Mediante este artículo se traspone el artículo 25 de la DMIGAS que regula, este procedimiento, y cuyo contenido es básicamente igual al del artículo 27 de la DG que la sustituyó.

⁷⁴⁷ En este sentido, VÁZQUEZ LÉPINETTE, T., «Nos encontramos pues con una excepción legal al deber de dar acceso en cierta medida parangonable con las “hardship clauses” habituales en los contratos de comercio internacional y cuya finalidad esencial en este contexto es tratar de armonizar la existencia de una obligación de dar acceso a la red con la posibilidad de celebrar contratos de suministro a largo plazo», en «El acceso de terceros...», op. cit., p. 80.

función se asignara a la CNE, de cuya personalidad, en principio, ya se desprenden esas características y sobre cuya participación en el procedimiento creado al efecto, no se especifica nada. Lo anterior, aún considerando que el reglamento impone algunos criterios que el MITC debe considerar en el momento de la resolución, y que delimitan en alguna medida, su margen de actuación. Los criterios están establecidos en el artículo 9.3 del RD ATRSEI, que expresamente señala: «a) El objetivo de lograr un mercado competitivo del gas. b) La necesidad de garantizar la seguridad del abastecimiento. c) La posición de la empresa solicitante en el mercado del gas y la situación real de competencia en dicho mercado. d) La gravedad de las dificultades económicas y financieras encontradas por comercializadores, empresas transportistas y distribuidoras o consumidores cualificados. e) La fecha de firma y las condiciones del contrato de que se trate, incluida la medida en que permiten tener en cuenta la evolución del mercado. f) Los esfuerzos realizados para encontrar una solución al problema. g) La medida en que la empresa, al aceptar los compromisos de compra garantizada en cuestión, haya podido prever razonablemente, teniendo en cuenta lo dispuesto en la legislación, las graves dificultades que probablemente iban a surgir. h) El nivel de conexión de la red con otras redes y su grado de interoperabilidad. i) Las repercusiones que la concesión de una excepción tendría en la correcta aplicación de la Directiva 98/30/CE por lo que se refiere al buen funcionamiento del mercado interior del gas natural»⁷⁴⁸.

De considerar que no se justifica y no conceder la excepción de la obligación referida, el titular de la red cuyo acceso se solicita, no podrá rechazar dicho acceso. Dada la relevancia de la excepción, la DGPEM debe notificar cualquier propuesta para conceder esta excepción a la Comisión de la Unión Europea, acompañándola de toda la documentación pertinente, con el fin de que ésta se pronuncie sobre la misma (art. 9.4 RD ATRSEI).

Las decisiones sobre las solicitudes de excepción relativas a los contratos de compra garantizada celebrados antes de la entrada en vigor de la LSH, no deben dar lugar a una situación en la que sea imposible encontrar salidas económicamente viables. De acuerdo

⁷⁴⁸ Estos criterios son los que con la misma literalidad se establecen en el artículo 25 de la DMIGAS, actual artículo 27 de la DG.

con la legislación vigente, se considerará que no existen graves dificultades cuando las ventas de GN no descendan por debajo de la cantidad mínima de entrega estipulada en un contrato de compra garantizada de gas, o siempre que el contrato pertinente pueda adaptarse o que la empresa pueda encontrar salidas alternativas⁷⁴⁹.

C. Condiciones de reciprocidad

Como tercera causa, el legislador nacional español estableció la posibilidad de denegar el acceso, previa conformidad con la CNE, «cuando la empresa suministradora de gas, directamente o por medio de acuerdos con otras empresas suministradoras, o aquéllas a las que cualquiera de ellas esté vinculada, radique en un país en el que no estén reconocidos derechos análogos y se considere que puede resultar una alteración al principio de reciprocidad para las empresas a las que se requiere el acceso, ello sin perjuicio de los criterios a seguir respecto de empresas de Estados miembros de la Unión Europea conforme a la legislación uniforme en la materia que ésta establezca» (art. 70.4 LSH y 8.b) RD ATRSEI).

Con respecto a este tema, hay que destacar dos aspectos, uno de fondo y otro procedimental. En primer lugar, este motivo de denegación del acceso, no está estipulado de manera expresa en el artículo que regula las causas de denegación del acceso a la red -art. 21 de DG, ni en su predecesora, la DMIGAS-, sino que se regula como un motivo que debe apreciarse con la finalidad de evitar los desequilibrios en la apertura del mercado. A este respecto dispone literalmente en su artículo 23.2 inc a), que: «no podrán prohibirse los contratos de suministro de gas con un cliente cualificado en la red de otro Estado miembro si el cliente está considerado cualificado en las dos

⁷⁴⁹ En este sentido el Considerando (30), de la Directiva del Gas señala «Considerando que los contratos de compra garantizada “take or pay” a largo plazo son una realidad del mercado para garantizar el suministro de gas a los Estados Miembros; que, en especial, deberían preverse excepciones a determinadas previsiones de la presente Directiva en caso de que una compañía de gas natural se encuentre o pueda encontrarse en dificultades económicas graves a causa de sus obligaciones de compra garantizada (take or pay); que estas opciones no deben socavar el objetivo de la presente Directiva de liberalizar el mercado interior del gas natural; que todo contrato de compra garantizada (take or pay) iniciado o renovado después de la entrada en vigor de la presente Directiva debe celebrarse con prudencia para no obstaculizar una apertura significativa del mercado; por lo tanto, dichas excepciones deberán limitarse en el tiempo y en su alcance y deberán concederse de una manera transparente, bajo la supervisión de la Comisión.»

redes»⁷⁵⁰. De manera que, puede decirse que la transposición de dicha norma resulta de la libertad de elección en cuanto a la forma y los medios, establecida en el art. 189 TCE, que se deja a los Estados miembros al momento de trasponer las Directivas, siempre y cuando se asegure el efecto útil de éstas⁷⁵¹. Por otro lado, de acuerdo con la propia DG cuyo artículo 23.1 c) especifica que a partir del 1 de julio de 2007, todos los consumidores tienen la consideración de cualificados, de ahí que, esta condición, en principio, podría presuponerse tratándose de Estados miembros de la UE.

Cuesta entender, sin embargo, el motivo por el cual se otorga una autorización de actividad a una empresa no nacional española que se encuentra en esas condiciones, ya que si se le niega el acceso a las redes de transporte y distribución, implícitamente se le está negando, en alguna medida, el derecho de ejercer su actividad pues los comercializadores no poseen las instalaciones requeridas para prestar el servicio y por tanto, deben contratarlas. Parece que sería ésta la condición de reciprocidad de las legislaciones, una condición previa que debería examinarse en el momento de otorgar una autorización de actividad y no, una vez que se ha conferido⁷⁵². Éste sería un ángulo más acertado desde el cual habría que examinar la compatibilidad de los artículos⁷⁵³. De

⁷⁵⁰ Y en su inciso 23.2 b) DG establece que en esos supuestos de denegación: «La Comisión, teniendo en cuenta la situación del mercado y el interés común, podrá obligar a la parte denegante a efectuar el suministro de gas solicitado petición del Estado miembro en el que esté situado el cliente cualificado».

⁷⁵¹ Al respecto, STJCE de 8 de abril de 1976, Royer, Asunto 48/75.

⁷⁵² Este motivo se esgrimió como fundamento para la confirmación previa de una denegación del acceso solicitada por ENAGAS a la CNE, pese a que la empresa a la cual se le denegó el acceso alegó que la LSH establecía un «reenvío en blanco a la Directiva Comunitaria en materia de alteración del principio de reciprocidad» y por tanto, no creaba «una causa autónoma de negativa de acceso sino que da por reproducidas las de la Directiva.» Ello implicaba que, según esta empresa, la reciprocidad establecida en el artículo 19 a) de la DMIGAS -23 de la DG-, «viene referida literal, expresa y exclusivamente a la posibilidad de prohibir contratos de suministro de gas, y no a la denegación de acceso a las redes», por lo que no resultaba de aplicación en dicho caso. Sin embargo, la CNE simplemente, consideró que no había falta de fundamento legal alguno «para denegar el acceso por parte de ENAGAS, S. A., como alega (...) pues ello, sería como ignorar completamente el precepto contenido en el número 4 del artículo 70 (...) que debe entenderse acorde con lo dispuesto en artículo 19 de la Directiva, y que no contraviene la regulación de acceso a las redes contenida en la Directiva europea». Resolución de la CNE, a instancia de ENAGAS solicitando autorización para la denegación del acceso a Gaz de France-ENAGAS, de 17 de julio de 2001, p. 14.

⁷⁵³ Para SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, E. V., dada la vinculación entre Gaz de France y el Estado Francés, en el momento en que sucedieron los hechos que dieron lugar a la resolución de la CNE, y que para entonces, Francia no había incorporado la Directiva del Gas a su ordenamiento, es posible afirmar que la postura de Gaz de France: «es contraria a la buena fe y a la doctrina de los propios actos», pues «el

momento, el RD 1766/2007 ha encargado el GrTS, como se vio al estudiar el procedimiento de acceso, la función de considerar esta situación.

En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, como ha señalado la CNE, este procedimiento es distinto del establecido para la resolución de conflictos de ATR, pues «posee “sustantividad propia”, derivada de la condición especial establecida por el legislador relativa al requerimiento previo a la decisión de denegatoria de la «ratificación o sanción administrativa» por lo que deviene imperativo tramitar la solicitud de ENAGAS, S. A., mediante un procedimiento que otorgue garantías jurídicas suficientes y necesarias»⁷⁵⁴. Este procedimiento será estudiado con más detalle en el capítulo séptimo.

D. Instalaciones nuevas

El artículo trigésimo del primero RD-Ley 5/2005 añadió un apartado 5 al artículo 70 d la LSH en el que estipulado una nueva excepción a la obligación de ATR, relativa a «instalaciones nuevas o que supongan aumentos significativos de capacidad de infraestructuras existentes que por sus características singulares así lo requieran.» Esta disposición especifica que cuando se trate de conexiones internacionales de países terceros, que no formen parte de la Unión Europea, dicha excepción deberá constar en la planificación en la materia de hidrocarburos elaborada por el Gobierno. Esta excepción además supondrá la no inclusión de la instalación en régimen retributivo del sector del GN. El desarrollo reglamentario de esta norma aún está pendiente.

5. Aspectos específicos en torno a las instalaciones de almacenamiento

Como una novedad, el artículo único.11 de la Ley 12/2007 reintroduce un sistema de acceso diverso del regulado en el RD ATRSEI, para el caso específico de los

Estado Francés está dificultando la entrada de los operadores en su mercado pero, de forma claramente contradictoria con esa conducta, intenta operar el mismo (a través de estos “establecimientos Públicos”) en otros mercados. Se pone así de manifiesto que la posición francesa no es equitativa», en «Comentario a la Resolución de la Comisión Nacional de Energía de 18 de julio de 2002» en *RGDA*, núm. 2, febrero 2003, pp. 11 y 12.

⁷⁵⁴ En este sentido, Resolución CATR Gaz de France-ENAGAS, de 27 de julio de 2001, del cual se extraen las citas, p. 14.

almacenamientos no básicos. Asimismo se han dispuesto algunas condiciones específicas para la asignación de la capacidad de estas instalaciones.

A. El sistema de ATR negociado a las instalaciones de almacenamiento no básico.

En relación con las instalaciones de almacenamiento deben hacerse algunas observaciones específicas, pues de acuerdo con la clasificación establecida por la Ley 12/2007, el procedimiento de ATR a las instalaciones de almacenamiento no básico es el negociado. Los criterios para el acceso a las instalaciones deben, en todo caso, ser transparentes, objetivos y no discriminatorios.

Consecuentemente, estas instalaciones quedarán excluidas del régimen retributivo del sistema de GN. El desarrollo reglamentario de este aspecto está pendiente.

B. La asignación de la capacidad de los almacenamientos subterráneos

Ante las dificultades que se estaban presentando en el sistema debido a la insuficiencia de capacidad de almacenamiento subterráneo y, consecuentemente, para el cumplimiento de las obligaciones de mantenimiento de existencias mínimas de seguridad se ha creado un procedimiento específico para la asignación de la capacidad de las citadas instalaciones⁷⁵⁵. Dicho procedimiento se estableció inicialmente en la DA 26 de la LSH⁷⁵⁶. En términos generales dicho precepto establece que, con carácter anual, se podrá reservar un porcentaje de la capacidad útil de los almacenamientos para su reparto entre los sujetos del SG. En caso de existir capacidad de almacenamiento subterráneo resultante remanente del reparto anual, en primer término, se seguirá el mismo criterio que para el reparto de la capacidad de las demás instalaciones del sistema, es decir, las solicitudes de acceso se resolverán atendiendo al orden cronológico de recepción de la petición formal. Asimismo, se impone a los comercializadores una limitación: ninguno puede reservar más del 25% de esta capacidad remanente. Si una vez realizada esta asignación, aún quedara capacidad

⁷⁵⁵ Esta situación fue puesta de manifiesto ante la CNE por el GrTS

⁷⁵⁶ Añadida por el RD-Ley 7/2006, de 23 de junio.

remanente para el período anual considerado, se atenderán las solicitudes pendientes y las nuevas que se reciban por orden cronológico sin considerar el límite del 25% por comercializador.

Los contratos de acceso que se firmen como consecuencia del reparto asociado a esta reserva tendrán una duración anual, de abril de un año a marzo del año siguiente, sin derecho a prórroga. Los sujetos interesados deben presentar las solicitudes de reserva de capacidad durante los meses de diciembre y enero. El GrTS debe realizar la asignación de capacidades conforme al procedimiento descrito anteriormente antes del día 28 de febrero de cada año.

Sin embargo, la misma DA 26 autorizó al Ministro del MITC para modificar los criterios para la asignación de la capacidad de estas instalaciones⁷⁵⁷. Así, el Ministro mediante orden ITC/3862/2007, de 28 de diciembre, ha modificado los criterios.

La Orden ITC/3862/2007, de 28 de diciembre, regula el mecanismo de asignación de la capacidad de los almacenamientos subterráneos de la red básica y crea un mercado de capacidad. En concordancia con las obligaciones establecidas sobre el mantenimiento de existencias mínimas de seguridad, los sujetos autorizados para solicitar la reserva de capacidad son los comercializadores y los CDM. Las solicitudes deben dirigirse al GrTS.

⁷⁵⁷ Para el año 2006, el porcentaje de la capacidad útil reservado para el reparto entre los sujetos del SG se fijó en el 100% y se realizó bajo los siguientes criterios: «El 83% de la capacidad de almacenamiento de gas utilizable de los almacenamientos subterráneos se asignará entre los usuarios que lo soliciten de forma proporcional a sus ventas o consumos totales en el mercado durante el año natural anterior a cada reparto. Los comercializadores cuyas cuotas de mercado en el cómputo de ventas totales de GN en el año natural anterior sea inferior al 0,5 por 100 podrán solicitar que sea considerada hasta un máximo de dicho porcentaje su cuota de ventas totales a los efectos de cómputo para el reparto descrito en el párrafo anterior. El 17% de la capacidad de almacenamiento de gas utilizable se asignará entre los usuarios de forma proporcional a las ventas a consumidores conectados a gasoductos de presión inferior o igual a 4 bares. Para el período 2006-2007, la duración de los contratos que se firmen como consecuencia del reparto asociado a esta reserva finalizará en marzo de 2007, con independencia de la fecha de su firma. El SGE del MITC podrá modificar los porcentajes a los que se refiere la presente disposición, así como el procedimiento de reparto. El GrTS realizará la asignación de capacidades para el período 2006-2007 en un plazo de quince días desde la entrada en vigor de la presente disposición. Los contratos de almacenamiento subterráneo de gas existentes deberán ajustarse a los plazos y cantidades asignadas en el reparto». DT 18ª LSH

La DGPEM emite una resolución por la que se hacen públicas las capacidades disponibles de almacenamiento subterráneo de la red básica de GN para el período comprendido entre 1 de abril de 2008 y 31 de marzo de 2009.

6. La asignación de la capacidad de las instalaciones de la red básica que resulta de la supresión del mercado a tarifa.

En relación con la capacidad reservada por ENAGAS en las instalaciones de regasificación y transporte para la atención del mercado a tarifa, y que por tanto, quedará disponible a partir del 1 de julio de 2008, se ha habilitado al Secretario General de Energía para establecer los mecanismos de reasignación de dicha capacidad.

La capacidad liberada por ENAGAS en los almacenamientos quedará disponible a partir del día 1 de abril de 2008. En este caso, el artículo 7.2 de la Orden ITC/2309/2007 dispone que, para la reasignación de la capacidad deben tenerse en cuenta las necesidades asociadas al traspaso de clientes de un mercado a otro, al menos entre el 1 de abril de 2008 y el 31 de marzo de 2009.

CAPÍTULO SEXTO

EL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL SISTEMA GASISTA

I. Planteamiento del tema

El objetivo de este capítulo es, básicamente, describir y analizar el régimen económico establecido para las actividades reguladas del sector gasista. No obstante, debe hacerse una aclaración en el sentido de que, si bien se procura considerar los aspectos más relevantes del mismo, el tema abarca más disciplinas que la propiamente jurídica, así como aspectos técnicos que desbordan el objetivo de este estudio. En consecuencia, el análisis se plantea, más bien, desde la perspectiva de las técnicas de intervención administrativa en esta materia y de los instrumentos jurídicos utilizados para desarrollar dicho régimen, así como de la observación sobre la participación y el cumplimiento de las obligaciones de cada uno de los actores; y especialmente, el papel de la CNE.

En relación con el régimen económico debe destacarse que los instrumentos jurídicos que regulan su aplicación –básicamente órdenes ministeriales- son, sin duda, los que mejor reflejan lo que realmente está sucediendo en el sector. Esta observación, que puede resultar obvia, se destaca con la intención de justificar el análisis con el nivel de detalle sobre éstas que se realiza en este capítulo.

A lo largo del estudio del régimen económico se incluye todo el desarrollo reglamentario anterior a la última reforma realizada por la Ley 12/2007, en el entendido de que, básicamente, y en tanto no contradiga la normativa legal, o se derogue expresamente, resulta de aplicación bajo el nuevo modelo. El desarrollo a través de las Ordenes Ministeriales aplicables a 2008, marcará el inicio de un régimen económico más ajustado a un mercado en régimen de competencia, con excepción, claro es, de la tarifa de último recuso.

Al igual que en los capítulos anteriores, se realiza un breve repaso sobre la evolución del régimen objeto de estudio con el objetivo de mostrar el avance en el proceso de regulación de las tarifas, peajes y cánones a través de los cuales se retribuyen las actividades del sector. No hay que olvidar que las únicas actividades que están excluidas de este Capítulo son el aprovisionamiento y la comercialización, cuyo régimen, como se estudió, es el de libre competencia y por tanto, se rigen por precios libremente pactados.

II. La evolución del sistema económico desde la promulgación de la L SH. Del suministro a tarifa al suministro del «último recurso»

El Capítulo VII de la LSH, artículos del 91 al 97, contiene la normativa general relativa al régimen económico de las actividades del sistema gasista⁷⁵⁸. Sobre el mismo, el artículo 91.1 en su redacción original disponía: «Las actividades destinadas al suministro de combustibles gaseosos serán retribuidas económicamente en la forma dispuesta en la presente Ley con cargo a las tarifas, los peajes y cánones que se determinen por el Gobierno y a los precios abonados por los clientes cualificados». Seguidamente, la LSH establecía los criterios generales para la determinación de dichas tarifas, peajes y cánones, y las disposiciones necesarias para su fijación, así como para el cálculo de los valores concretos de éstos, mediante Orden Ministerial. Finalmente, disponía los lineamientos generales con respecto al cobro y liquidación de las tarifas peajes y cánones, y lo relativo a los impuestos y tributos.

Posteriormente, este régimen económico ha sido objeto de varias modificaciones. La principal se plasmó en el artículo 8 del RD-Ley 6/2000, que dispuso el desarrollo por parte del Gobierno mediante Real Decreto, de un «Sistema Económico Integrado» del sector del GN, según el cual, si bien se mantienen los criterios y principios originalmente establecidos por la LSH, el Gobierno debe aprobar «el modelo para el cálculo de las tarifas del gas natural y de los peajes y cánones aplicables al uso por terceros de la red gasista, el sistema para determinar la remuneración correspondiente a cada uno de los titulares de las instalaciones gasistas y el procedimiento de reparto de los ingresos totales de los sujetos que actúan en el sector gasista». Tal sistema debía tener aplicación a partir del 1 de enero del año 2001. Sin embargo, se debe destacar que, en el momento en que se promulga el RD-Ley 6/2000, se pone de manifiesto que durante el período de tiempo transcurrido entre la entrada en vigor de la LSH y la publicación del citado RD-Ley 6/2000, aún no habían sido considerados, en la práctica, los criterios establecidos en ella para la fijación de las tarifas, peajes y cánones y todavía

⁷⁵⁸ En la Ley 10/1987, que antecede la LSH, el Sistema tarifario estaba regulado en el Capítulo V artículos 15 a 17, de acuerdo con el cual el Gobierno era el encargado de fijar, a través de disposiciones reglamentarias, los precios de adquisición y transferencia del gas natural, así como las tarifas y precios de venta al público.

habría que esperar algún tiempo para ello. No fue sino mediante la promulgación del RD ATRSEI que finalmente se creó dicho «Sistema Integrado del Sector del gas natural», que aún dejó algunos aspectos para su íntegro desarrollo a las órdenes ministeriales que fueron publicadas, por primera vez, en febrero de 2002. En consecuencia, desde octubre de 1998, fecha de publicación de la LSH, hasta la publicación del RD ATRSEI, de agosto de 2001, no había congruencia entre la regulación general vigente establecida por la LSH y la que en la práctica se aplicaba. Durante ese lapso de tiempo, continuó vigente la normativa anterior a la LSH⁷⁵⁹.

El régimen económico ha ido evolucionando con el avance del mercado hacia la libre competencia. Desde sus inicios, los peajes y cánones de los servicios básicos de ATR tenían el carácter de máximos y los correspondientes al uso de las plantas de regasificación, almacenamiento y redes de transporte y distribución han tenido la consideración de «únicos», sin perjuicio de sus especialidades por niveles de presión y uso. Las tarifas, por otro lado, también han tenido el carácter de máximas y únicas para todo el territorio nacional sin perjuicio de sus especialidades. Esta característica de «máximos», tanto de las tarifas como de los peajes y cánones fue eliminada por las modificaciones introducidas a los artículos 93 y 94 de la LSH, por el artículo.12 de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad.

Finalmente, la Ley 12/2007, en principio, da un paso muy notable en el sentido de liberalizar las tarifas, al eliminar la potestad tarifaria, característica de los servicios publicados, y crear un régimen transitorio para la definitiva eliminación de las mismas a través del nuevo sistema que se ha venido estudiando denominado «tarifa de último recurso» cuya aplicación, según la letra de la Ley, regirá a partir del 1 de enero de 2008. Esta Ley establece un sistema transitorio en el que irán disminuyendo progresivamente

⁷⁵⁹ Que como se recordará, diferenciaba entre tarifas industriales y para usos domésticos y comerciales. Las tarifas industriales a su vez se clasificaban en función del uso del GN. Lo cual constituye el principal cambio del sistema. En cuanto a las tarifas industriales, estaba vigente una Orden del Ministerio de Industria y Energía de 30 de septiembre de 1999, por la que se actualizan los parámetros del sistema de precios máximos para los suministros de gas natural para usos industriales, modificada en su Anexo II por la Orden Ministerial de 13 de abril de 2000. Las tarifas domésticas y comerciales estaban reguladas por la Orden del 12 de febrero de 2001, del MITC (BOE núm. 43 de 19 de febrero de 2001, con una corrección de errores en el BOE núm. 46, de 22 de febrero de 2001), que sustituyó la Orden de 10 de mayo de 1999 y ésta a su vez, a la de 6 de septiembre de 1996 del Ministerio de Industria y Energía. Sobre este tema, DE QUINTO ROMERO, J., *En Busca de un mercado...*, op. cit., p. 102-105.

los límites de los niveles de consumo de los usuarios que podrán permanecer en el mismo, a condición de que su consumo se realice a una presión menor o igual a 4 bar; y hasta el 1 de julio de 2008, fecha en que quedará extinguido definitivamente.

De acuerdo con el modelo establecido en la Ley 12/2007, el régimen económico se modifica con la intención de adaptarlo a la nueva situación en la que son los comercializadores los únicos agentes que realizan el suministro en condiciones de libre competencia, con las excepciones necesarias para el «suministrador de último recurso». Sin embargo, como se verá luego, el cambio es más aparente que real, y lo que sucede en la práctica es que se complica la situación actual en la que apenas se estaban empezando a ejercer los derechos y obligaciones de los sujetos a efecto de hacer efectivo su derecho de cambiar de un mercado a otro, y se administra un cambio forzado de los consumidores, de un distribuidor a un comercializador cuya validez jurídica es cuestionable desde diversas perspectivas⁷⁶⁰.

Por otro lado, hay que destacar que si bien la DT quinta de la Ley 12/2007 crea un régimen transitorio para la adaptación del sistema tarifario de suministro de GN y aplicación del suministro de último recurso, el régimen propiamente dicho de «tarifa de último recurso» se incluye dentro del texto de la LSH, en el artículo 93, dándole un cierto carácter de permanencia. Es decir, en realidad, lo que se hace es sustituir la denominación: «suministro a tarifa» por la de «suministro de último recurso», con algunos cambios en los sujetos que lo llevan a cabo como ya ha quedado descrito en el capítulo cuarto. Recuérdese, por otro lado, que el RD-Ley 5/2005 ya había añadido una DA 24ª a la LSH, (derogada por el artículo único.50 de la Ley 12/2007), que disponía:

- «1. Todos los consumidores de gas natural, independientemente de su nivel de consumo, tendrán la consideración de cualificados, a los efectos previstos en esta Ley.
2. Reglamentariamente, se establecerán los casos y las condiciones en los que los

⁷⁶⁰ Del propio régimen resulta una contradicción en sí misma. Se quiere abrir el mercado para dar opciones de elección de suministrador al consumidor, pero a la vez, casi sin ninguna información al respecto, se le impone un comercializador específico, anulando su derecho. Bien es cierto que el consumidor debe aceptar concientemente el contrato que se le debe ofrecer, pero visto está que hasta la fecha no se han creado los mecanismos más adecuados de información y apoyo al consumidor para ejercer sus derechos, o al menos no han funcionado con la agilidad de que deberían haber funcionado para conseguir la efectiva protección de los derechos de los consumidores.

consumidores que hayan ejercido el derecho a suministrarse de un comercializador autorizado pueden optar por seguir adquiriendo el gas en el mercado liberalizado o adquirirlo al distribuidor a tarifas». De manera que, con el nuevo régimen, de alguna manera, se vuelve atrás en el sentido de «revivir» la clasificación de los consumidores a través de los ahora llamados de «último recurso» puesto que la DA 24^a, ya no los distinguía, siendo todos «consumidores cualificados» o simplemente, consumidores. Ahora bien, cierto es también que la regulación actual es más ajustada a la realidad, puesto que en la práctica los consumidores a tarifa –último recurso- continúan existiendo y ejerciendo sus derechos de cambio de suministrador, según se vio en el capítulo cuarto de este estudio.

Ciertamente, el objetivo último de la LSH es la «liberalización de precios» -art. 97 LSH-. Sin embargo, mientras haya actividades que continúen teniendo la consideración de «actividades de interés económico general», será necesaria también su regulación a través de las tarifas, peajes y cánones⁷⁶¹. Como se dijo antes, las únicas actividades que están excluidas de este Capítulo son el aprovisionamiento y la comercialización, cuyo régimen es el de libre competencia y, por tanto, se rigen por precios⁷⁶².

No obstante lo anterior, la LSH otorga al Gobierno la potestad de acordar, en el momento en que lo considere recomendable, dicha liberalización total o parcial de las

⁷⁶¹ En palabras del Profesor TORNOS MÁS, J., «cuando se constata que el proceso liberalizador no rompe todas las posiciones de dominio que impiden el libre funcionamiento del mercado, se seguirá recurriendo a un poder de intervención público para que fije el precio del servicio, hasta tanto el mercado no pueda actuar como tal», en «La intervención pública sobre los precios de los servicios. Tasas, tarifas, precios regulados y potestad de ordenación general de precios», en *Estudios de derecho público económico. Libro homenaje al Profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, coord. Cosculluela Montaner, Civitas, Madrid, 2003, p. 652.

⁷⁶² Paulatinamente, se han ido excluyendo actividades o segmentos de las actividades que, dado el avance de la evolución del mercado, se considera que pueden dejarse a la libre competencia. Mediante Orden ITC 3862/2007, de 28 de diciembre, se establece un procedimiento para la asignación por subasta de una parte de la capacidad de almacenamiento, siguiendo determinados criterios establecidos en la misma orden, y se crea un mercado secundario de capacidad. Pese a que, como ya se ha señalado antes, la regasificación también cumple las características para pasar a ser una actividad liberalizada, al menos desde el punto de vista de la infraestructura pues esta no constituye un monopolio natural, no así desde la importancia para el funcionamiento general del mercado, como se apuntó al estudiar esta actividad en el capítulo cuarto.

tarifas, peajes y cánones regulados dada una determinada situación del mercado⁷⁶³. Con ese propósito también conserva abierta la posibilidad, con carácter excepcional, para establecer precios máximos de gas aplicables por los comercializadores a las ventas realizadas a los consumidores cualificados, cuando la falta de desarrollo del mercado o situaciones de dominio del mismo lo hagan aconsejable⁷⁶⁴ (art. 97 LSH).

Así las cosas, bajo la consideración de que, el desarrollo reglamentario debe ser adaptado al modelo introducido por la Ley 12/2007, se expone a continuación el contenido de los citados instrumentos normativos que tienen como resultado, el régimen económico del SG.

III. La distribución competencial en esta materia.

En términos generales, la redacción original de la LSH en su artículo 3.1.c), otorga al Gobierno la competencia para: «Determinar los peajes por el uso de las instalaciones afectas al derecho de acceso por parte de terceros así como las tarifas de último recurso en aquellos casos en los que la presente Ley así lo establezca y fijar los tipos y precios de los servicios asociados al suministro que se determinen reglamentariamente». La reforma introducida por el artículo único.1 de la Ley 12/2007, añade «las tarifas de último recurso».

Más específicamente, el Capítulo VII de la LSH, que lleva la rúbrica: «Régimen Económico», determina la competencia del Gobierno, mediante Orden Ministerial y, previo acuerdo de la CDGAE, para dictar las disposiciones necesarias para el establecimiento de las tarifas de último recurso y de los peajes y cánones de los servicios básicos de acceso por terceros estableciendo los valores concretos de dichos peajes o un sistema de determinación y actualización automática de los mismos (art.

⁷⁶³ Una regulación similar estaba contenida en el artículo 17 de la Ley del Gas: «El Gobierno podrá acordar la libertad de precios de determinados productos o de los combustibles gaseosos para determinados usos, en los casos y condiciones que considere oportunos.»

⁷⁶⁴ Según DEL GUAYO: «una cautela propia de toda situación de transición cuando el mercado está abierto, pero no hay competencia real» en, *Precios y Tarifas...*, op. cit., p. 50. Por otra parte, un primer paso, en este sentido, se observa en el artículo 13 de la Orden ECO/301/2002, de 15 de febrero de 2002, que liberaliza los precios de los suministros de GNL efectuados a partir de plantas terminales de recepción, almacenamiento, y regasificación de GN para el suministro a consumidores finales.

92.4) y distingue expresamente algunos aspectos que deben ser regulados por las CCAA.

El artículo 91.3 LSH, puede interpretarse que, como una expresión de la competencia atribuida a las CCAA «de desarrollo legislativo y de ejecución de la normativa básica en materia de hidrocarburos» (art. 3.3.a) LSH), delimita su ámbito de actuación al establecimiento del «régimen económico de los derechos de alta, así como los demás costes de servicios necesarios para atender los requerimientos de suministros de los usuarios». Las CCAA también son competentes para establecer los derechos a pagar por las acometidas en función del caudal máximo que se solicite y de la ubicación del suministro, dentro de los límites que defina el Ministro del MITC (art. 91.2 LSH).

En definitiva, las competencias para definir el régimen económico de las actividades de transporte y distribución corresponden al Gobierno aunque, en principio, como se estudia a continuación, el principal criterio que debe regirlo y, que por tanto debe delimitar su actuación, es el coste de las actividades propiamente dichas.

No obstante lo anterior, hay que hacer una puntualización sobre la labor que debe cumplir la CNE con respecto al régimen económico, que se estudiará en detalle en el capítulo séptimo. Se trata de lo establecido en la Directiva del Gas en su artículo 25.2 a), que atribuye a las «autoridades reguladoras» la función de determinar o aprobar, antes de su entrada en vigor, al menos las metodologías empleadas para establecer las condiciones de las tarifas de transporte y distribución. No obstante, añade la Directiva, «los Estados miembros podrán disponer que las autoridades reguladoras remitan al órgano pertinente del Estado miembro, para que éste adopte una decisión formal, las tarifas o, al menos, las metodologías mencionadas», en cuyo caso «el órgano pertinente estará facultado para aprobar o rechazar un proyecto de decisión presentado por la autoridad reguladora» (DG art. 25.3).

IV. El sistema económico integrado del sector del gas natural. ¿Un sistema basado en costes? Consideraciones generales.

Aunque con retraso según la previsión legal, como se mencionó antes, mediante el RD ATRSEI se creó el citado «Sistema económico integrado del sector del gas natural» (SEI). Su ámbito de aplicación se restringe a las llamadas actividades reguladas, por

tanto, excluye la comercialización y el aprovisionamiento en cuanto que actividades en régimen de libre competencia⁷⁶⁵. Entre sus objetivos, como dispone su preámbulo, se apuntan en relación con esta materia, en primer término: «garantizar un desarrollo suficiente de las infraestructuras mediante un sistema de retribuciones que permita una adecuada rentabilidad de las inversiones», así como «diseñar un sistema de tarifas peajes y cánones basado en costes, con el fin de imputar a cada consumidor los costes en que incurra el sistema relativos a su consumo». Con respecto a este último objetivo hay que resaltar dos cuestiones. En primer lugar, con este sistema basado en costes se pretende eliminar situaciones fácticas que se daban bajo la vigencia del sistema que le precede⁷⁶⁶, el cual se utilizaba entre otras cosas como un instrumento para controlar la inflación según había sido puesto de manifiesto por el propio Gobierno en el RD-Ley 6/1999, de 16 de abril, cuya DA Única disponía lo referente a la actualización de las tarifas de GN⁷⁶⁷, y en cuyo preámbulo se leía: «las políticas económicas nacionales ya no cuentan con el instrumento monetario para moderar la evolución de los precios, de manera que son la política fiscal y las reformas estructurales los únicos medios disponibles para mantener la inflación, dentro de los límites previstos»⁷⁶⁸.

⁷⁶⁵ Como han señalado, ARIÑO ORTÍZ, G. y LÓPEZ DE CASTRO, GARCÍA-MORATO, L., «(...) la formación competitiva de precios es uno de los principios que rigen las actividades competitivas. «Se entiende que la formación competitiva de precios es siempre mejor y más de fiar que el cálculo de costes marginales que pueda realizar la actividad regulatoria», en *Derecho de la competencia...*, op. cit., p. 24.

⁷⁶⁶ Los peajes y cánones en vigor hasta la publicación del RD ATRSEI, estaban regulados por el RD 1914/1997, de 19 de diciembre, esto es, bajo la vigencia de la Ley del Gas. El RD-Ley 6/2000 ordenó que se redujeran en un 8%, así como la condición de que: «los peajes y cánones que fije la nueva Orden serán de aplicación en tanto no se apruebe el sistema económico integrado del sector del gas natural...», para lo cual dispuso el plazo de un mes. (DT 2ª).

⁷⁶⁷ La DA Única de este RD-Ley 6/1999, dispone literalmente: «El Ministro de Industria y Energía, en un plazo no superior a un mes desde la entrada en vigor del presente Real Decreto-Ley, mediante Orden, previo acuerdo de la Comisión Delegada para Asuntos Económicos, dictará las disposiciones necesarias para la actualización de las tarifas de venta de gas natural, gases manufacturados por canalización para los consumidores finales y precios de gases licuados de petróleo envasados. Esta actualización tendrá por objeto la revisión a la baja de parámetros no vinculados a cotizaciones internacionales de crudo y productos petrolíferos».

⁷⁶⁸ Al respecto, DEL GUAYO, I., ha señalado: «La finalidad de todo el Real Decreto-Ley es la lucha contra la inflación (...) pero (...) estos fines macroeconómicos (lucha contra la inflación, mantenimiento del empleo, etc... no son criterios válidos para fijar las tarifas de los servicios públicos.», en «Tarifas...», op. cit., p. 69. En el mismo sentido, el ARIÑO ORTIZ, G, en el Prólogo de *Precios y tarifas en...*, op. cit., pp. XII y XIII.

Y, en segundo lugar, en el marco de la política social de la Comunidad Europea y de los principios que rigen las actividades de interés económico general⁷⁶⁹, la lectura que cabe hacer de los motivos que la inspiran debe conducir a la conclusión de que el hecho de imputar a cada consumidor el coste relativo a su consumo, en principio, beneficiará al conjunto de los consumidores. No obstante, su redacción literal no parece apuntar en ese sentido. Una interpretación distinta, sin embargo, implicaría entre otras cuestiones, que los consumidores de las zonas más alejadas, por ejemplo, deberán pagar más por obtener el servicio haciéndolo, posiblemente, inaccesible en algunos casos. Ello entraría en contradicción con los principios que deben regir el sistema⁷⁷⁰ y, especialmente, con un desarrollo social equilibrado, ya que, imputar a cada consumidor los costes relativos a su consumo implícitamente, entre otras cosas, podría ir en detrimento de ciertos grupos de consumidores. No obstante lo anterior, debe añadirse que esta situación, ha sido salvada, en alguna medida, mediante el establecimiento de un sistema específico de colaboración entre administraciones para el desarrollo de redes de distribución en zonas alejadas, que se estudia posteriormente.

Claro es que, sin un régimen económico que refleje efectivamente los costes en que incurren los sujetos, de nada valdría la coherencia de todo el resto del sistema. Debe recordarse que el esfuerzo inversor que requiere el SG en la actualidad es muy relevante debido al crecimiento proyectado de la demanda. Por lo tanto, un método de retribución adecuado es fundamental para que las empresas reciban el impulso necesario para

⁷⁶⁹ En ese sentido, la Comunicación de la Comisión de 11 de septiembre de 1996 titulada: «Los servicios de interés general en Europa, elemento clave del modelo de sociedad europeo» COM 96/C (DO C núm. 281, de 26 de septiembre de 1996) y Comunicación de la Comisión de 20 de septiembre de 2000, sobre el mismo tema, COM 2001/C, (DO C núm. 17, de 19 de enero de 2001). También, CABALLERO SÁNCHEZ, R., *Infraestructuras en red...*, op. cit., pp. 353-367.

⁷⁷⁰ Incluso si se acepta la lectura que realiza el profesor DEL GUAYO, I., quien señala que el sistema «no trata de tarifar a cada consumidor de acuerdo con los costes que conlleva el suministro a ese consumidor, sino que se trata de imputar los costes, a cada consumidor, que su particular consumo provoque al «sistema» se estarían rompiendo los principios que deben regir estas actividades». Por otra parte, hay que señalar que, el Prof. DEL GUAYO, hace esta aclaración para decir que dada la redacción de la cita en cuestión, surge la duda de si el sistema está verdaderamente basado en costes reales del suministro, dado que «el «sistema» no deja de ser una creación abstracta del legislador, y que hay en él muchas cosas, algunas de las cuales no tienen que ver, directamente, con el coste del suministro». Ello para manifestar luego: «No quiero decir que sea ilegítimo que la tarifa responda a los costes del sistema, pero sí señalar que esos costes no tienen que coincidir con los costes del suministro». Y que por ello era necesario aclarar que se estaba haciendo referencia a los «costes «del sistema»», en «Tarifas...», op. cit., pp. 73-74.

afrontar dichos proyectos⁷⁷¹, de lo contrario, para que el sistema no colapse, las instalaciones necesarias tendrían que seguir siendo encargadas a ENAGAS, según se vio al estudiar su estatuto jurídico. Especialmente considerando que debido a las características del GN los costes fijos son muy elevados en comparación con los variables o con los marginales.

En resumen, mediante el RD ATRSEI se fija el procedimiento para el cálculo de las retribuciones para cada una de las actividades reguladas, los criterios generales y la estructura para la determinación de las tarifas, peajes y cánones, optando en el caso de las tarifas, por un sistema basado en costes. La aplicación de este sistema se condiciona a la publicación de los valores concretos de las tarifas –de último recurso–, peajes y cánones y a las disposiciones de desarrollo previstas en éste⁷⁷², y se fijan de acuerdo con los principios y criterios que se estudian a continuación.

V. Tarifas, peajes y cánones. Principios rectores y cuestiones generales

De las tarifas, peajes y cánones con cargo a los cuales se han de retribuir las actividades reguladas del sistema se ocupa el Capítulo IV del RD ATRSEI. Al respecto, dispone que el MITC, mediante Orden Ministerial, previo acuerdo de la CDGAE, debe dictar las disposiciones necesarias para el establecimiento de: las tarifas de venta del GN, los

⁷⁷¹ Aunque referidas al sistema eléctrico, resultan aplicables también al sector gasista las palabras de LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F.: «El caso es el mantenimiento, como actividad regulada a desarrollar por empresas privadas, de aquellas fases que obedecen a la lógica del monopolio natural. En esas fases no se da competencia. El que no tengan incidencia negativa sobre la competencia y sean, a la vez rentables depende de la fórmula que se encuentre para el cálculo de los peajes y de separar adecuadamente el negocio regulado de otras actividades de la compañía, de modo que se eviten, por una parte, subvenciones cruzadas que falseen la competencia y, por otra, que los peajes se desvíen del coste real del servicio que se presta. La fijación de los peajes debe incluir tasas de actualización, debe hacer posible un cierto incentivo al capital invertido y a la realización de inversiones necesarias para afrontar los desarrollos de la red que sean imprescindibles», en «Presupuestos de la regulación de servicios de interés general», en *Panorama Jurídico de las Administraciones públicas en el siglo XXI, Homenaje al Profesor Eduardo Roca Roca*, BOE-INAP, Madrid, 2002, p. 818.

⁷⁷² Al respecto, CABALLERO SÁNCHEZ, R: «Es evidente que la potestad de regulación económica tiene casi todo en su mano, ya que permite adoptar numerosas medidas correctoras o encauzadoras de los desvíos que se perciben en el mercado, pero en su mismo poder reside su peligro (...) El sistema establecido pretende introducir un mecanismo de retribución de las inversiones en construcción de redes (pertenecientes en su mayoría a ENAGAS, en el sector de transporte, y a Gas Natural SDG, en el sector distribución), que permita continuar con los compromisos serios y firmes existentes de ampliación de la red actual», *Infraestructuras...*, op. cit., pp. 347 y 348.

precios de cesión de GN para los distribuidores y, los peajes y cánones de los servicios básicos de ATR. Según el RD ATRSEI dichas Órdenes Ministeriales fijarán los valores concretos o un sistema de determinación y actualización tanto de las tarifas, precios, peajes y cánones. Asimismo, dispone que los peajes y cánones se modificarán anualmente o en los casos en que se produzcan causas que incidan en el sistema que así lo aconsejen.

Por otra parte, el artículo 97.1, como se mencionó, establece que cuando la situación del mercado lo haga recomendable, el Gobierno podrá acordar la liberalización, total o parcial, de las tarifas, peajes y cánones. Con base en este artículo se han introducido reformas que han ido dejando al mercado la fijación de algún tipo de tarifa. Por otro lado, una de las modificaciones más relevantes a la LSH ha sido introducida por el artículo 12 de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre. Mediante esta reforma se ha eliminado el carácter de «máximos», tanto para las tarifas como para los peajes y cánones, y solamente ha conservado el carácter de «únicos»⁷⁷³ ambas características estaban presentes desde la promulgación de la LSH⁷⁷⁴. Consecuentemente, ha desaparecido la condición que establecía el artículo 94.4 en el sentido de que «las diferencias entre los peajes máximos aprobados y los que, en su caso, apliquen los transportistas y distribuidores por debajo de los mismos serán soportados por éstos», así como la obligación de comunicar al MITC y a las CCAA los peajes efectivamente aplicados. Por consiguiente, también hay que tener por derogado el último párrafo del artículo 25.2 del RD ATRSEI, que en desarrollo del artículo antes citado, establecía: «En cualquier caso, las diferencias entre las tarifas, peajes y cánones máximos aprobados y los que, en su caso, apliquen las empresas gasistas por debajo de los mismos, serán soportados por éstas». Esto es, el Gobierno ha considerado que el mercado está lo suficientemente desarrollado como para que no sea necesario poner un

⁷⁷³ Estas características «únicos y máximos» estaban contenidas en los artículos 93 y 94.1 de la LSH, antes de la reforma introducida por la Ley 12/2007.

⁷⁷⁴ Como señala CABALLERO, R., «lo incipiente de nuestro sistema, y la fuerte concentración de partida de estos mercados en red, aconsejan que el Gobierno intervenga, estableciendo al menos los umbrales máximos a que pueden llegar los peajes. La racionalización del sistema aconseja que también sean únicos (como las tarifas) tanto en el nivel de transporte como en el de distribución», en *Infraestructuras...*, op. cit., p. 341.

límite máximo a las tarifas, peajes y cánones, y así lo ha dispuesto de acuerdo con la potestad que le ha sido otorgada al efecto. Finalmente, el carácter de «únicos» de los peajes y cánones ha sido también suprimido por el artículo único.33 de la Ley 12/2007.

Además, se establece un recargo para la financiación de la CNE sobre las tarifas de suministro de GN para usuarios finales, los peajes y los cánones y una cuota destinada a la retribución del GrTS (art. 26.3 RD ATRSEI).

1. Principios para la determinación de los peajes y cánones

El artículo 92 de la LSH, en su redacción dada por el artículo único.33 de la Ley 12/2007, señala los principios⁷⁷⁵ que han de considerarse para la determinación de los peajes y cánones: «a) asegurar la recuperación de las inversiones realizadas por los titulares en el período de vida útil de las mismas. b) permitir una razonable rentabilidad de los recursos financieros invertidos. c) Determinar el sistema de retribución de los costes de explotación, de forma que se incentive una gestión eficaz y una mejora de la productividad que deberá repercutirse en parte a los usuarios y consumidores» (art. 92.1 LSH).

Por su parte, el RD ATRSEI no hace sino reiterar dichos requisitos⁷⁷⁶. Además, prevé la posibilidad de una modificación en su estructura si razones de «optimización del sistema gasista, mercado o aplicación del desarrollo normativo de ámbito comunitario lo hacen aconsejable» (RD ATRSEI 25.1). Los valores concretos de dichos peajes y cánones o un sistema de determinación y actualización automático de los mismos, se dejan para su fijación a través de órdenes ministeriales. Dicho sistema para la determinación de peajes y cánones se establece para períodos de cuatro años,

⁷⁷⁵ La redacción original hacía alusión a «criterios» en lugar de principios, pero en la última reforma realizada a la LSH, por la Ley 12/2007, se ha considerado más apropiado el término principios, -sin embargo, no se modificó la rúbrica del artículo, en la que se sigue leyendo criterios-; consecuentemente ha eliminado el «inc. d) no producir distorsiones entre el sistema de suministros en régimen de tarifas y el excluido del mismo»

⁷⁷⁶ Es más, el RD ATRSEI, omite un aspecto, el señalado con la letra d) del artículo 92 LSH: «No producir distorsiones entre el sistema de suministros de régimen a tarifas y el excluido del mismo».

procediéndose en el último año de vigencia a una revisión y adecuación de ser necesaria (art. 92.2 y 92.4 LSH y art. 25.2 ATRSEI).

Los valores fijados en cada momento en los peajes, cánones y precios son los correspondientes por la prestación, por parte de los transportistas y distribuidores a los usuarios de los servicios y actividades regulados (art. 26.6 RD ATRSEI). El apartado 5 del artículo 92, añadido por la Ley 12/2005, establece que los peajes y cánones «tendrán en cuenta los costes incurridos por el uso de la red de manera que se optimice el uso de las infraestructuras y podrán diferenciarse por niveles de presión, características del consumo y duración de los contratos. En particular, en el caso de los suministros realizados desde una red de distribución alimentada desde una planta satélite de GNL, se tendrán en cuenta los costes incurridos por el uso de la red de dichos suministros». Esta última es una situación fáctica que no estaba expresamente recogida en la LSH y que viene a llenar un vacío de la Ley⁷⁷⁷.

Tal y como están regulados en el RD ATRSEI, los peajes y cánones son de tipo postal, esto significa que están basados en costes medios en función de la presión y volumen de suministro, al margen de la distancia⁷⁷⁸.

Sin perder de vista que el RD ATRSEI habrá de ser adaptado a la Ley 12/2007 se estudia su contenido en los epígrafes siguientes.

2. Peajes y cánones de los servicios básicos de acceso a terceros. Aspectos generales.

De acuerdo con el artículo 92.4 de la LSH, en su redacción dada por el artículo único.33 de la Ley 12/2007, al igual que en el caso de las tarifas «Mediante Orden Ministerial, previo acuerdo de la CDGAE, se dictarán las disposiciones necesarias para el

⁷⁷⁷ Esta modificación, a su vez, ha inducido la inclusión de una nueva fórmula de cálculo del término de conducción del peaje de transporte y distribución aplicable al suministro mediante redes de distribución suministradas por una planta satélite (art. 14 Orden ITC/3863/2007).

⁷⁷⁸ Según DE QUINTO ROMERO, J., este tipo de peajes y cánones: «Tiene como ventaja la simplicidad y la alta aceptación social, aunque requiere constantes revisiones si se pretende que refleje de forma agregada los costes del transporte y distribución a largo plazo», en «Principios económicos de tarificación» en *Precios y Tarifas...*, op. cit., p. 263. Por otra parte, como señala la CNE, este tipo de tarifas supone que «puedan derivarse subsidios cruzados entre consumidores cuyos costes son distintos a los del peaje o tarifa a la que están acogidos.», Informe 3/2002, de 7 de febrero de 2002.

establecimiento de los peajes y cánones de los servicios básicos de acceso por terceros, estableciendo los valores concretos de dichos peajes o un sistema de determinación y actualización automática de los mismos». Y tendrán en cuenta los costes incurridos por el uso de la red, de manera que se optimice el uso de las infraestructuras. Se elimina su calidad de «únicos», como ya se mencionó, pero se mantiene la posibilidad de diferenciarlos por niveles de presión y características del consumo, y duración de los contratos. Los pertinentes al uso de redes de distribución alimentada desde una planta satélite de GNL, deben tener en cuenta los costes incurridos por el uso de la red (art. 92.5 LSH).

Los peajes y cánones fueron fijados, por primera vez, en el orden establecido por la LSH, mediante la Orden ECO/303/2002, de 15 de febrero. A partir de ésta se inicia la aplicación del régimen contenido en la LSH. La citada Orden fue derogada por la Orden ECO/32/2003, de 16 de enero, y ésta a su vez por la Orden ECO/32/2004. Hasta esta última, que regía para el año 2004, no hubo cambios significativos en la regulación, básicamente se repetía la de la antecesora y se efectuaba la actualización de los peajes y cánones. En la Orden ITC/103/2005 se introdujeron las primeras reformas, entre ellas, se crea un peaje de trasvase de GNL a buques, y se introducen modificaciones a los procedimientos de cálculo y facturación en lo referente a la instalación de equipos de teledistancia. Seguidamente, en la Orden ITC/4100/2005, aplicable a 2006, se incluyen algunas novedades que vienen a dar cumplimiento a las disposiciones del Reglamento (CE) nº 1775/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las condiciones de ATR, formulándose el peaje de duración inferior a un año y el peaje interrumpible. De la Orden ITC/3996/2006, aplicable a 2007, hay que destacar la creación, con carácter extraordinario y hasta el 1 de enero de 2010, de un peaje global y temporal para usuarios de la tarifa para materia prima.

Finalmente, la Orden ITC/3863/2007, aplicable a 2008, adoptando una metodología distinta de la hasta ahora utilizada, no sólo actualiza los precios de los peajes y cánones respectivos sino que modifica la Orden ITC/3993/2007, por la que se establece la retribución de determinadas actividades reguladas del sector gasista y la Orden ITC/3994/2006, por la que se establece la retribución de las actividades de regasificación y en sus Anexo II fija la retribución de las actividades de distribución, transporte, y regasificación para el año 2008 y los valores unitarios de inversión y

explotación a emplear en el cálculo de la retribución para el 2008 de las instalaciones de transporte con acta de puesta en marcha antes del 1 de enero de 2008, las tarifas de alquiler de contadores y equipos de telemedida, los derechos de acometida para los suministros conectados a redes con presión de suministro inferior o igual a 4 bar (Anexo V), los valores unitarios de inversión y operación y mantenimiento de plantas de regasificación para el 2008 (Anexo VI), los valores unitarios de operación y mantenimiento de almacenamientos subterráneos para el 2008 (Anexo VII), los parámetros para el cálculo de la retribución a la actividad de suministro a tarifa y a la gestión de compraventa de gas con destino al mercado a tarifa (Anexo VIII).

En resumen, con esta última orden ITC/3863/2007, no sólo no se mejora la sistemática de la regulación del régimen vigente, sino que no se actualiza el régimen en todos sus términos para adecuarlo a la Ley 12/2007, como se verá más adelante, en especial en lo relativo a la tarifa de último recurso. Por otra parte, hay que destacar que si durante los dos primeros años, cada una de las órdenes derogaba expresamente a su antecesora, lo cual proporcionaba cierta seguridad jurídica con respecto a la regulación vigente, a partir de la Orden ITC/103/2005 la técnica derogatoria que se utiliza es genérica: «Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en esta Orden», lo cual implica que no hay certeza con respecto a si la Orden anterior ha quedado derogada en su totalidad. Y ello obviamente, provoca inseguridad en cuanto al régimen efectivamente vigente, y obliga a recurrir a cada una de las órdenes anteriores para verificarlo, cuestión que no facilita la entrada de nuevos actores⁷⁷⁹. Para terminar la DD única de la Orden ITC/3863/2007, dice literalmente: «Asimismo, quedan derogadas cualesquiera otras disposiciones de igual o inferior rango en cuanto se opongan a lo dispuesto en la presente orden». Lo cual parece indicar la existencia de un error puesto que este es todo el texto de la disposición, o la palabra «Asimismo» está de más, o algo se ha omitido en el texto.

⁷⁷⁹ En este sentido, la CNE ha puesto de manifiesto que «debido al carácter anual de la Orden de los peajes y cánones, dichas condiciones generales deberían establecerse en norma de rango superior.» Informe 1/2004, sobre propuesta de Orden por la que se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas, de 15 de enero de 2004, p. 39 y lo reitera en su Informe 37/2007, de 20 de diciembre de 2007, p. 62.

A. Condiciones generales para la determinación y aplicación de los peajes y cánones. Obligaciones y derechos de los titulares de las instalaciones.

En el caso de los peajes y cánones, de acuerdo con el artículo 26.1 del RD ATRSEI, los elementos generales que han de considerarse para su determinación son: «a) Previsiones de demanda de gas natural para el año de aplicación de los peajes y cánones. Para ello se tendrán en cuenta tanto las previsiones de demanda anual, mensual y pico por zonas, niveles de consumo y rangos de presión; las previsiones de entrada de gas natural al sistema y la previsión de utilización de almacenamientos. b) La retribución a las actividades reguladas. c) Las previsiones de utilización de las instalaciones de regasificación, almacenamiento y, transporte y distribución. d) Las desviaciones, en su caso, resultantes de la aplicación del régimen de liquidaciones del año anterior»⁷⁸⁰.

Mediante las órdenes ministeriales, además, se han ido especificando ciertas obligaciones que deben cumplir las empresas distribuidoras y transportistas al aplicar los peajes y cánones.

De forma similar a la regulada en las anteriores, la Orden ITC/3863/2007, aplicable a 2007, dispone que las empresas están obligadas a modificar los peajes y cánones aplicados a sus clientes para ajustarlos a la demanda máxima que éstos prevean con alguna excepción expresamente establecida. Además, deben velar por la correcta asignación de los mismos al nivel de consumo real. Asimismo, deben comunicar a la CNE toda recaudación en concepto de peajes y cánones que realicen independientemente de su fecha de inclusión en el régimen económico, incluyéndola en el sistema de liquidaciones que se estudia más adelante. De manera que, cualquier disminución de facturación como consecuencia de la incorrecta aplicación de los peajes y cánones será soportada por la propia compañía responsable y, la CNE no tendrá en cuenta dichas disminuciones a la hora de hacer el cálculo correspondiente de las

⁷⁸⁰ En relación con el sistema anterior: «En particular, los cambios más significativos son pasar de un peaje de transporte en función de la distancia y un peaje postal de distribución en función del factor de carga en la estructura de peajes vigente, a un peaje postal de entrada al sistema gasista y a un peaje postal de salida diferenciado por el rango de presión y el tramo de consumo al que pertenezca el suministro» Informe 3/2002 CNE, sobre propuesta de Orden por la que se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas, de 7 de febrero de 2002, p. 16.

liquidaciones (art. 5 ITC/3863/2007). Para el cálculo respectivo, las empresas gasistas están obligadas a entregar a la DGPEM del MITC toda la documentación pertinente.

Los peajes y cánones básicos no incluyen las mermas y autoconsumos correspondientes, los cuales son compensados por los usuarios del sistema en unidades físicas de acuerdo con las cantidades que establecidas en las NGTS (art. 25.4 RD ATRSEI⁷⁸¹). El procedimiento de imputación de las pérdidas de GN en que se incurra en su transporte y distribución se determina reglamentariamente, teniendo en cuenta los niveles de presión y formas de consumo.

B. Peajes y cánones de los servicios básicos

Según el artículo 29 del RD ATRSEI se consideran peajes y cánones de los servicios básicos⁷⁸²: el peaje de regasificación y de transporte y distribución y los cánones de almacenamiento subterráneo y de almacenamiento de GNL. A éstos se han ido añadiendo otros, en alguna medida, como consecuencia de la aplicación del Reglamento (CE) núm. 1775/2005. Por su parte, la Orden ITC/103/2005 introdujo de trasvase de GNL a buques y la Orden ITC/4100/2005, aplicable a 2006, los peajes aplicables a los servicios de acceso de duración inferior a un año, y los peajes para el tránsito de gas con destino a terceros países –de tránsito internacional- y un peaje de servicios prestados en condiciones de interrumpibilidad. Estos tipos de peajes se estudian con detalle a continuación.

a. Peaje de regasificación

El peaje de regasificación incluye el derecho al uso de las instalaciones necesarias para la descarga de buques, transporte a tanques de GNL, regasificación o carga de cisternas

⁷⁸¹ Vid. NGTS 2.43 relativo a las mermas y autoconsumos en las redes de transporte y 2.5 relativo a las redes de distribución, Orden ITC/3126/2005, por la que se aprueban las NGTS.

⁷⁸² La unidad energética de referencia que se adopta el kWh. El poder energético del GN se entiende referido al poder calorífico superior (P.C.S.) medido en condiciones normales de presión y temperatura. Los valores unitarios de los peajes y cánones regulados se especifican en: kWh y kWh/día.

de GNL y un almacenamiento operativo de GNL⁷⁸³ en planta equivalente a cinco⁷⁸⁴ días de capacidad diaria contratada. La contratación de este peaje da derecho a la contratación del servicio de almacenamiento de GNL en planta, adicional al incluido en el peaje, por la capacidad necesaria para la descarga de buques empleados para el transporte de GNL, con el límite de la capacidad máxima de atraque. Este peaje es recaudado por el titular de las instalaciones respectivas. Tiene un término fijo aplicable al caudal diario a facturar al usuario y un término variable en función de los KWh efectivamente regasificados o cargados en cisterna (art. 29 a) y 30 RD ATRSEI).

La Orden ITC/3996/2006, aplicable a 2007, descompone este peaje en tres: el peaje de regasificación propiamente dicho, el de descarga de buques y el de carga de cisternas. Estos peajes no están incluidos en el RD ATRSEI. Lo que ha provocado el pronunciamiento de la CNE en el sentido de que: «valora positivamente el establecimiento de distintos peajes en función de los servicios que se proporcionan en la planta y que a su vez sean diseñados en función de las variables inductoras del coste». Pero también considera que: «independientemente de la conveniencia regulatoria para llevar a cabo el indicado desglose, podría interpretarse que el mismo supone la modificación por una norma con rango de Orden ministerial, de la definición y contenido del peaje de regasificación establecido en el Real Decreto 949/2001 con posible quiebra del contenido unitario que el titular de la potestad reglamentaria quiso dar al peaje de servicio básico de regasificación»⁷⁸⁵. La modificación normativa realizada necesaria para actualizar el régimen económico al modelo establecido por la Ley 12/2007, habría sido oportuna a efecto de regular correctamente los citados peajes,

⁷⁸³ De acuerdo con la DT 5ª del RD ATRSEI desde su entrada en vigor y hasta el 1 de enero de 2004, el almacenamiento operativo en planta será de 5 días y a partir de esa fecha las instalaciones de regasificación que no dispongan de 10 días de capacidad de almacenamiento en función de la capacidad contratada deberán descontar del peaje máximo de regasificación la cuantía correspondiente al almacenamiento operativo la diferencia entre los 10 días y la capacidad real de almacenamiento.

⁷⁸⁴ Inicialmente eran 10 días, se redujo a 5 por la modificación introducida por la DF 1ª del RD 1716/2004, de 23 de julio, que regula la obligación de mantenimiento de existencias mínimas de seguridad.

⁷⁸⁵ Informe 34/2006 de la CNE sobre la propuesta de orden por la que se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas, de 21 de diciembre de 2006.

sin embargo, la Orden ITC/3863/2007, aplicable a 2008, los mantiene sin ninguna modificación.

b. Peaje de transporte y distribución

Este peaje incluye el derecho al uso de las instalaciones necesarias para transportar el gas desde el punto de entrada de la red de transporte hasta el punto del suministro del consumidor, así como la utilización de un almacenamiento operativo correspondiente a dos⁷⁸⁶ días de la capacidad de transporte y distribución contratada. El mismo peaje se aplica al suministro de consumidores cualificados conectados a redes de distribución locales alimentadas mediante plantas satélites. El peaje de transporte y distribución está compuesto por un término de reserva de capacidad y un término de conducción que se diferencia en función de la presión de diseño a la que se conecten las instalaciones del consumidor y tiene a su vez, un término fijo y uno variable que se calcula en función del volumen de consumo distinguiéndose varios niveles en el mismo. El artículo 14 de la Orden ITC/3863/2007 ha modificado la fórmula de cálculo del término de conducción aplicable a los usuarios suministrados mediante planta satélite de GNL.

La facturación del término de reserva de capacidad la efectúa la empresa transportista titular de las instalaciones donde esté situado el punto de entrada del GN al sistema de transporte y distribución. A estos efectos, no se considera punto de entrada al sistema de transporte y distribución la salida del GN, previamente inyectado, de un almacenamiento subterráneo. El término de conducción lo factura la empresa distribuidora titular de las instalaciones donde esté situado el punto de entrega del GN al consumidor final al sujeto con contrato de acceso, a menos que el punto de entrega esté conectado directamente a las instalaciones de un transportista en cuyo caso lo facturará éste⁷⁸⁷ (art. 29 b) y 31 RD ATRSEI).

⁷⁸⁶ Este plazo se redujo de 5 a 2, mediante modificación introducida por la DF 1ª del RD 1716/2004, de 23 de julio.

⁷⁸⁷ Según reforma introducida por la DA quinta, del RD 1434/2002, que sustituye la redacción del primer párrafo del apartado B) del artículo 31 del RD 949/2001.

c. Peajes aplicables a contratos de duración inferior a un año

Este peaje, introducido por la Orden ITC/4100/2005, establece la forma para calcular los peajes de diversos contratos según su duración siempre menor a un año. La Orden ITC/3996/2006, por su parte, ha añadido algunos requisitos para su aplicación, que introducen más transparencia en la regulación⁷⁸⁸.

Estos peajes, de acuerdo con el artículo 12 de la Orden ITC/3996/2006, sólo son de aplicación a puntos de suministro a presión superior a 4 bar, según determinadas condiciones y de acuerdo con un procedimiento establecido a partir de la duración de los contratos: los de duración inferior a 30 días, los que coincidan con uno o varios meses naturales, los de duración superior a 30 días que no coincidan con meses naturales y los contratos estacionales. Para el cálculo de estos peajes se debe multiplicar el término de reserva de capacidad, el término de peaje de regasificación y el término fijo del peaje de conducción por determinados coeficientes según la duración del contrato⁷⁸⁹.

Esta nueva regulación viene impuesta no sólo por las circunstancias reales del sector sino también en aplicación del Reglamento (CE) 1775/2005, que en su artículo 4.1 c), dispone que los gestores de las redes de transporte «ofrecerán a los usuarios de la red servicios a largo y a corto plazo».

La Orden ITC/4100/2005 encarga a la CNE la elaboración de los contratos normalizados para la contratación de estos peajes y la Orden ITC/3996/2006 añade la elaboración de un procedimiento de contratación, incluyendo plazos y operativa para este tipo de contratos, que deberá proponer al MITC.

⁷⁸⁸ Vid. Informe 34/2006 de la CNE sobre la propuesta de orden por la que se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas, de 21 de diciembre de 2006, pp. 47-48.

⁷⁸⁹ La DT única de la Orden ITC/4100/2005, otorga la posibilidad, a los comercializadores o consumidores que se autoabastezcan y que con anterioridad hubieran firmado contratos con una duración inferior a 12 meses, de firmar nuevos contratos con una duración superior a ese límite, o de lo contrario, si no hubiera manifestación expresa en contra les será de aplicación la regulación establecida en ella.

d. Peaje de transporte y distribución interrumpible

Este tipo de peaje introduce flexibilidad y seguridad⁷⁹⁰ en las contrataciones ya que, bajo esta modalidad el consumidor debe interrumpir su consumo de GN, ante la solicitud del GrTS, en determinadas condiciones y requisitos, y debido a causas expresamente establecidas en el artículo 12 Orden ITC/3863/2007 que ha reiterado, en general, la regulación desde la Orden ITC/4100/2005 que lo introdujo. Adicionalmente, la DGPEM ha emitido la Resolución de 25 de julio de 2006, por la que se regulan las condiciones de asignación y el procedimiento de aplicación de la interrumpibilidad en el sistema gasista.

Con la creación de este peaje se da cumplimiento a lo establecido en el artículo. 4.1 b) del Reglamento (CE) nº 1775/2005, que estipula la obligación de los gestores de las redes de transporte de ofrecer «servicios de acceso firmes e interrumpibles. El precio de la capacidad interrumpible reflejará la probabilidad de la interrupción».

Uno de los requisitos para la aplicación de este peaje es la firma previa de un convenio entre el consumidor, el comercializador y el GrTS. En el caso de que el cliente sea generador eléctrico, también debe firmar un contrato con el Operador del Sistema Eléctrico. Los convenios que se firmen para la aplicación de este peaje deben enviarse por el GrTS a la DGPEM, a la CNE y a la correspondiente empresa distribuidora. La duración mínima de estos contratos es de 12 meses prorrogables en función de las necesidades zonales (art. 12.2 Orden ITC/3863/2007).

La solicitud de interrupción requiere comunicación previa al Secretario General de Energía por parte del GrTS, éste último además, debe repartir el volumen necesario de interrupción entre los diferentes consumidores de acuerdo con criterios geográficos de máxima operatividad y de mínimo impacto (art. 12.6 Orden ITC/3863/2007).

Las causas de la solicitud de interrupción están referidas, básicamente, a la indisponibilidad o congestión de las distintas instalaciones que tengan como

⁷⁹⁰ En este sentido, Informe CNE 27/2005, de 22 de diciembre de 2005, p. 42. Además, la CNE añade: «Introducir un mecanismo de interrumpibilidad con clientes en el mercado liberalizado se hace aún más necesario teniendo en cuenta la eliminación de las tarifas interrumpibles a partir del 1 de julio de 2006...».

consecuencia una reducción significativa de la capacidad disponible, o el cierre de instalaciones por las inclemencias meteorológicas, o causas de fuerza mayor (art. 12.5 ITC/3863/2007).

La Orden establece, incluso, una especie de sanción dineraria en el caso de que se concluya que el motivo de la interrupción es imputable a un comercializador, sin perjuicio de las responsabilidades a que pueda dar lugar. Para el caso del consumidor acogido a esta modalidad que no atienda las instrucciones de interrupción impartidas por el GrTS, conllevará la aplicación automática del peaje firme correspondiente a sus características de presión de suministro y volumen de consumo incrementado en un 50% en todos los términos del peaje, durante los 12 meses siguientes a aquél en el que se incumplió la solicitud de interrupción. Adicionalmente, el incumplimiento supone la cancelación automática del Convenio (art. 12.7 ITC/3863/2007).

En el caso de estos peajes, según lo establecido en el artículo 12.8 de la Orden ITC/3863/2007, hasta el 1 de octubre de 2008 se aplicarán los peajes establecidos en la Orden ITC/3996/2006.

e. Peaje de tránsito internacional

Con la inclusión de este peaje por la Orden ITC/4100/2005 se llena un vacío normativo que la CNE ha venido advirtiendo⁷⁹¹. No existía un peaje específico tratándose del tránsito de GN con origen y destino en una conexión internacional ambas en territorio nacional, o una conexión con un yacimiento o una planta de regasificación, y en un principio se planteaba la posibilidad de negociar con el interesado, coexistiendo de esa manera un sistema de ATR negociado –no establecido en la LSH para este tipo de instalaciones- con el regulado. Ante las consultas suscitadas la CNE realizó una interpretación en el sentido de que se debía aplicar «el peaje de transporte nacional existente también al tránsito, pues en otro caso se podría estar discriminando entre usuarios de red (usuarios del transporte nacional respecto al tránsito o viceversa)»⁷⁹².

⁷⁹¹ En este sentido, «Escrito de contestación relativo al escrito remitido por comercializador “A” sobre el peaje de exportación de gas a Francia» CNE, 30 de junio de 2005, p. 12 y 14.

⁷⁹² Informe de la CNE, «Escrito de contestación relativo al...», cit., de 30 de junio de 2005, p. 16.

Ello ante la necesidad de adecuarse a lo dispuesto por el artículo 18 de la DG que señala: «Los Estados miembros garantizarán la aplicación de un sistema de acceso de terceros a las redes de transporte y distribución y a las instalaciones de GNL, basado en tarifas publicadas, aplicables a todos los clientes cualificados, incluidas las empresas de suministro, de forma objetiva y sin discriminación entre usuarios».

La aplicación de este peaje de tránsito internacional está condicionada a la aprobación previa del GrTS que debe, ante todo, garantizar la seguridad del suministro y la eficiencia del sistema gasista nacional, teniendo en consideración las restricciones técnicas zonales de los lugares donde se lleve a cabo la entrada o salida del GN.

El contrato de acceso debe indicar expresamente los puntos de entrada y salida del GN y el caudal contratado así como el caudal de regasificación en el caso de que la entrada se realice por una planta de regasificación⁷⁹³. Las condiciones de ejecución del contrato deben ser compatibles con la operación del sistema. La duración máxima de este contrato es de 2 años, prorrogables en función de la disponibilidad de la capacidad del sistema y cuando el plazo sea inferior a un año se les aplicarán los peajes aplicables a este tipo de contratos. En este peaje se incluye únicamente el almacenamiento operativo necesario para realizar la operación (art. 13.1, 2 y 3 ITC/3996/2006).

La denegación del servicio al que se aplica este peaje debe ser motivada y comunicada a la CNE y a la DGPEM⁷⁹⁴. El peaje aplicable al uso de las instalaciones de regasificación asociado a este tránsito internacional es el peaje de los servicios básicos y sólo incluyen el almacenamiento operativo de GNL necesario para realizar la operación (art. 13.4 ITC/3996/2006).

⁷⁹³ En opinión de la CNE, «Si bien se considera muy necesaria la incorporación del peaje de tránsito internacional, en el marco vigente, esta Comisión opina que debe analizarse el efecto de aplicar un peaje de entrada-salida basado meramente en la distancia», Informe 27/2005, de 22 de diciembre de 2005, p. 41.

⁷⁹⁴ Al respecto, la CNE ha interpretado que debe entenderse que «el solicitante de acceso para tránsito internacional de gas natural, que vea denegada su petición por parte del Gestor Técnico del Sistema, podrá elevar escrito de disconformidad a esta Comisión al amparo del artículo 5.2 del Real Decreto 949/2001», Informe 34/2006, sobre la propuesta de orden por la que se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas, de 21 de diciembre de 2006, p. 50.

f. Peaje de trasvase de GNL a buques y de buque a buque

El peaje por los servicios de carga de GNL en buques o a la puesta en frío a partir de plantas de regasificación fue establecido por primera vez en la Orden ITC/103/2005. La DT Única de la citada Orden establece que «Estos servicios sólo se podrán prestar subsidiariamente y en cuanto no interfieran con las operaciones normales del sistema». En cualquier caso, por resolución de la DGPEM: «se podrá interrumpir o cancelar su prestación»⁷⁹⁵. En este caso, habría que entender que deben existir determinadas condiciones para interrumpir o cancelar dicho servicio por el grave perjuicio que podría causar al contratante del mismo. Por tanto, esta es una previsión que como mínimo debería llevar aparejado criterios más explícitos apegados a la propia regulación⁷⁹⁶, sin embargo, la regulación no especifica nada al respecto y en la Orden ITC/3996/2006, no se introdujo ningún otro criterio para regular este peaje⁷⁹⁷. Tampoco se ha hecho en la Orden ITC/3863/2007.

g. Peaje aplicable al suministro de GN realizado a partir de acometidas o líneas directas con plantas de regasificación incluidas en la red básica

La DA única de la Orden ITC/2795/2007, de 28 de septiembre, trata, más que de un nuevo peaje, de las condiciones que deben cumplir los consumidores conectados a plantas de regasificación mediante acometidas o líneas directas para exceptuarse del pago del peaje de transporte y distribución –incluyendo tanto el término de reserva de capacidad, como el término de conducción-. Para ello deben acreditar ante la CNE que cumplen una serie de condiciones establecidas, por un lado, en el artículo único.19 de Ley 12/2007, mediante el cual reforma el artículo 70.6 de la LSH, que dispone que los consumos de este tipo acogidos a lo dispuesto «en el apartado 5 del presente artículo,

⁷⁹⁵ En su informe 1/2005 de 11 de enero de 2005, la CNE consideró «adecuada la incorporación de un peaje de servicios, por la aparición de nuevas operaciones que originariamente no se habían previsto (...) Asimismo, esta Comisión considera oportunas las condiciones incorporadas en la propuesta de Orden para garantizar que estas operaciones no entren en conflicto con las operaciones “normales” de descarga de GNL», pp. 30 y 53.

⁷⁹⁶ La CNE propone hacer las remisiones respectivas a las NGTS. Informe 34/2006..., op cit., p. 50.

⁷⁹⁷ El Anexo II a la Orden ITC/4100/2005, simplemente dispone el peaje que se aplicará a ese servicio, así como al de trasvase de buque a buque.

deberán cumplir las obligaciones impuestas en la presente Ley, y en particular las derivadas del artículo 98, con instalaciones no incluidas en la red básica». No está clara la referencia al apartado 5 del artículo 70, pues éste regula la excepción a la obligación de ATR a determinadas instalaciones nuevas o que supongan aumentos significativos de capacidad de infraestructuras existentes, que por sus características singulares así lo requieran, en los términos en que se estudió en el capítulo anterior. Por su parte, el artículo 98 citado dispone las obligaciones relativas a las existencias mínimas de seguridad, entre otras, a cargo de los consumidores directos en mercado; en este caso, sí que se comprende que el consumidor para exceptuarse del pago del peaje debe cumplir las obligaciones correspondientes. Y por otro, en el artículo 78.4 según su redacción dada por el artículo único.24 de la Ley 12/2007, establece básicamente lo mismo que el antes referido 70.6: «Los consumos que se alimenten mediante una línea directa o acometida desde una planta de regasificación de la red básica cumplirán las obligaciones establecidas en la presente Ley, y en particular las derivadas del artículo 98, con infraestructuras que no se encuentren incluidas en la red básica».

En conclusión, se puede decir que los consumidores conectados mediante acometidas o líneas directas a plantas de regasificación deben cumplir, en primer término, las obligaciones de mantenimiento de existencias mínimas de seguridad que les correspondan para exceptuarse del peaje, y en segundo lugar, otra obligación que no queda claramente definida en la regulación. En caso de no cumplirlas estarán obligados a pagar el peaje vigente en todos sus términos, de acuerdo con su presión de suministro. En conformidad con el artículo 31 del ATRSEI, en su redacción dada por el RLSH, el titular de la planta de regasificación será el responsable de facturar dicho peaje.

En otro orden de cosas, nótese que este peaje ha sido establecido por una DA de Orden ITC/2795/2007 cuyo principal objetivo era modificar la tarifa de GN para uso como materia prima, y por tanto ha quedado separada del conjunto de la regulación relativa a peajes y cánones contribuyendo a la dispersión de la normativa.

h. Canon de almacenamiento subterráneo de gas

Este canon da derecho al uso del almacenamiento de GN y uso de las instalaciones de inyección y extracción de GN en los mismos, de forma proporcional a la capacidad

contratada, excepto cuando existan posibilidades técnicas para incrementarla, supuesto en el que no se aplica la limitación. Su estructura tiene un término fijo aplicable a la capacidad de almacenamiento contratado y un término variable aplicable al volumen de gas inyectado o extraído cada mes⁷⁹⁸. La facturación del mismo la realiza la empresa titular de las instalaciones de almacenamiento a cada sujeto con contrato de almacenamiento (RD ATRSEI art. 29 c) y 32).

i. Canon de almacenamiento de GNL

Este canon incluye el uso de todas las instalaciones necesarias para el almacenamiento de GNL y se aplica al gas que exceda el almacenamiento incluido en el peaje de regasificación. Su estructura tiene un término variable, aplicable al volumen de GNL almacenado, por encima del almacenamiento operativo incluido en el peaje de regasificación. Su importe se calcula mensualmente. Su facturación está a cargo de la empresa titular las instalaciones de almacenamiento de GNL a cada sujeto con contrato de almacenamiento de GNL (arts. 29 d) y 33 RD ATRSEI).

C. Facturación aplicable a las liquidaciones de los peajes y cánones.

En primer lugar, a efectos del cálculo de los ingresos liquidables, se computan los correspondientes a la aplicación de los peajes y cánones a las cantidades facturadas sin deducir los posibles descuentos. Igualmente, se calculan los porcentajes establecidos como tasa destinada a la CNE y cuota de retribución al GrTS. El MITC tiene la potestad para inspeccionar las condiciones de la facturación. Con este propósito la DGPEM puede establecer programas anuales o semestrales de inspección. Como resultado de estas inspecciones la CNE está facultada para realizar una nueva liquidación de las cantidades que hayan sido objeto de comprobación (art. 6 ITC/3863/2007).

⁷⁹⁸ El precio de este canon está fijado para el año 2008, en el punto Sexto del Anexo I a la Orden ITC/3863/2007. Con respecto al incremento del precio de este canon propuesto para el año 2007, la CNE manifestó su disconformidad por «la inconsistencia de los argumentos proporcionados en el Memoria que acompaña a la propuesta» y recuerda la importante función que cumplen los almacenamientos subterráneos en el cumplimiento de las obligaciones de existencias mínimas de seguridad y el encarecimiento de la obligación que el incremento produciría», Informe 34/2006, de 21 de diciembre de 2006, p. 66. Finalmente, la Orden ITC/3996/2006 estableció: «Durante los próximos años se procederá a un incremento anual del 20% del precio de este canon hasta que se ajuste el coste real del servicio».

Las facturaciones de peajes y cánones de periodos en los que haya regido más de un precio, se calculan repartiendo el consumo total correspondiente al periodo facturado de forma proporcional al tiempo en que hayan regido durante un periodo, excepto para los consumidores a los que se efectúa medición diaria, caso en el que se realiza según dichas medidas (art. 8 ITC/3863/2007).

Con respecto a la información de la facturación, el apartado 6 del artículo 92, añadido por el artículo único.33 de la Ley 12/2007, establece que las empresas comercializadoras deben desglosar en sus facturas a los consumidores finales la cuantía correspondiente a los peajes y cánones. Con el fin de lograr la mayor transparencia se deben desglosar los porcentajes destinados a la imputación de los costes del GrTS y de la CNE (art. 7 ITC/3863/2007).

3. Del suministro a tarifa a las denominadas tarifas de último recurso.

La fijación de las tarifas de venta de combustibles gaseosos, de acuerdo con el artículo 93.3 de la LSH, mediante el cual se reconocía la potestad tarifaria⁷⁹⁹, está a cargo del MITC previo acuerdo de la CDGAE, quien debe establecer los valores concretos de dichas tarifas y precios o, un sistema de determinación y actualización automática de las mismas⁸⁰⁰. Si bien estaba previsto que desapareciera a partir del 1 de enero de 2008, esta fecha como se verá se ha retrasado a 1 de julio de 2008. Se inicia, por tanto, con una previsión deficiente sobre el tiempo necesario para actualizar la regulación del sistema.

A. El régimen de suministro a tarifa. Evolución del régimen regulatorio

Este tipo de suministro, cuya extinción estaba prevista para el 1 de enero de 2008, ha tenido una evolución paralela a los peajes y cánones en el sentido de que ha sido

⁷⁹⁹ Cumpliendo así con el principio de «vinculación positiva» de la Administración al Derecho.

⁸⁰⁰ Con respecto a la actualización el artículo 5.1 de la Orden ECO 302/2002 establece que el MITC «procederá a la fijación anual de los nuevos precios de las tarifas de venta de los combustibles gaseosos por canalización como resultado de la actualización de los parámetros que constituyen la tarifa media. Dicha actualización se realizará coincidiendo con la actualización del coste de la materia prima del mes de enero».

establecida mediante órdenes ministeriales anuales que han sido objeto de diversas modificaciones.

Con arreglo al SEI, las tarifas de venta de GN ya no se distinguen por los usos finales del GN como sucedía bajo la vigencia de la Ley anterior, con una excepción, la tarifa para uso del GN como materia prima. Según el artículo 27 del RD ATRSEI se determinan en función de los niveles de presión y el volumen de consumo. A partir de los niveles de presión se dividen en dos grupos que a su vez se subdividen en subgrupos según sea el volumen de consumo. La Orden ECO/302/2002⁸⁰¹ fue la primera en virtud de la cual se establecieron las tarifas de venta del GN, y los precios de cesión del mismo, bajo SEI. Esta Orden quedó derogada por la Orden ECO/31/2003, de 17 de enero, que mantuvo prácticamente sin modificaciones las regulaciones contenidas en la Orden que derogaba: la Orden ECO/33/2004. Con respecto a la técnica derogatoria utilizada por estas órdenes hay que reiterar lo señalado para las relativas a los peajes y cánones. A partir de la Orden ITC/104/2005, aplicable a 2005, las derogatorias no son expresas, por tanto, obligan a revisar la Orden anterior a efecto de tener certeza sobre la normativa vigente.

El RD ATRSEI establecía cuatro grupos, dos de los cuales han sido suprimidos mediante la Orden ITC/4101/2005⁸⁰², en cumplimiento de lo previsto por el art. 17.3 de la Orden ITC/104/2005 que dispuso que a partir del año 2006 y hasta el 2010, año en

⁸⁰¹ Publicada en el BOE núm. 42, de 18 de febrero de 2002. Que se desarrolló a través de las resoluciones de 10 de julio de 2002 y de 9 de octubre de 2002, que hicieron públicos los valores del CMP, de las tarifas de suministro de gas natural, y del precio de cesión correspondiente.

⁸⁰² Según la redacción original del RD ATRSEI, había cuatro grupos. La Orden ITC/4101/2005, mediante su DA única, suprime las tarifas del Grupo 1 asociadas a los consumidores conectados a un gasoducto cuya presión máxima de diseño sea superior a 60 bares. Dentro de esta tarifa había 3 tres subgrupos clasificados según el volumen de consumo y establecía un procedimiento para la facturación del término fijo de la tarifa, dependiendo del caudal diario máximo contratado. También suprimió dos subgrupos del Grupo 2, eran cuatro las enumerados por el RD ATRSEI y el Grupo 4 que estaba formado por los consumidores industriales con carácter interrumpible, para lo cual el usuario final debe disponer y mantener operativa una instalación alimentada por otra fuente de energía alternativa, en cuyo caso la tarifa tendrá un único término variable en euros/kWh, que será aplicable al consumo total efectuado por el usuario industrial. La DF única de la misma orden estableció una tarifa transitoria para los consumidores asociados a las tarifas suprimidas, aplicable hasta el 30 de junio, 31 de diciembre y 31 de marzo de 2006 respectivamente. En opinión de la CNE, esta supresión «resulta adecuada» Informe 26/2005, de 22 de diciembre, p. 23. No obstante, hay que recordar que estas tarifas están establecidas en el RD ATRSEI y, por tanto, deberían ser suprimidas por una norma de igual rango.

que a todos los consumidores se les debe aplicar la tarifa correspondiente a su presión de suministro, el MITC establecerá un procedimiento para que las tarifas aplicadas a determinados clientes converjan progresivamente en el denominado «grupo 3». Por su parte, la orden ITC/3992/2006, aplicable a 2007, ha seguido la ruta trazada y ha eliminado a partir del 1 de julio de 2007 las tarifas del Grupo 2: 2.1, 2.2, 2.3 y 2.4; así como las tarifas «2 bis»: 2.1 bis, 2.2 bis, 2.3 bis y 2.4 bis, -que fueron creadas para periodos transitorios- todo ello con vista de lo establecido en la DT quinta de la Ley 12/2007, que establece el calendario de adaptación de la «suministro a tarifa» a la tarifa de último recurso.

De esta manera, de los grupos tarifarios establecidos originalmente en el RD ATRSEI sólo quedan los denominados «Grupo 3», que comprende los consumidores conectados a un gasoducto cuya presión de diseño sea inferior o igual a 4 bares.

En principio, según lo establecido por la DD única de la Orden ITC/3861/2007, podría interpretarse que esta Orden continua vigente en 2008, con excepción de su artículo 3, que establece la definición y cálculo del coste unitario de la materia prima, ya que lo deroga expresamente. No obstante, esto no se corresponde con lo establecido en la DT primera de la misma Orden que regula el suministro regulado y revisión del término variable hasta julio de 2008, cuyo apartado 1 dispone: «El sistema de aprovisionamiento y suministro a tarifa por parte de las empresas distribuidoras vigente antes de la entrada en vigor de la Ley 12/2007, de 2 de julio, se mantendrá hasta el 1 de julio de 2008 en todos sus términos». No obstante lo cual, a continuación a través de la misma DT primera, realiza modificaciones a lo establecido en la Orden aplicable a 2007, derogando expresamente, solamente su artículo 3. Por tanto, cabe interpretar que en todo aquello que no se oponga a lo establecido en la Orden ITC/3861/2007, la Orden ITC/3992/2006 continúa vigente. Todo lo cual constituye una muestra más de la dispersión normativa del régimen económico y de la ausencia de seguridad jurídica sobre el mismo⁸⁰³.

⁸⁰³ Esta misma Orden dispone en su Anexo: «Los términos fijo y variable de la tarifa integral que se establece en la disposición transitoria única de la presente orden (...)» y debería decir correctamente «disposición transitoria primera».

Por otro lado, la Orden ITC/3861/2007, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 93, en su redacción dada por la Ley 12/2007 establece la tarifa de último recurso para el año 2008 y fija el precio a pagar por los consumidores que transitoriamente no disponen de un contrato de suministro con un comercializador, en los términos que se estudian más adelante. A continuación se expone el régimen todavía vigente, del suministro a tarifa.

a. Elementos generales para el cálculo de las tarifas

Uno de los principales objetivos del SEI es que las tarifas aplicables a los suministros de GN se determinen mediante un sistema basado en costes. De ahí que, de conformidad con la normativa vigente, se calcula un precio para cada una de las tarifas reguladas que recoge los siguientes costes: «a) Coste de la materia prima: se determinará en base al coste medio de adquisición de la materia prima, en posición CIF, por parte de los transportistas con destino a tarifas, incluyendo aquellos costes necesarios para el posicionamiento del gas en la red básica. b) Costes de conducción: incluirá para cada una de las tarifas los costes medios de regasificación, transporte, distribución y almacenamiento imputables a la misma. En su cálculo se tendrán en cuenta las existencias mínimas de seguridad obligatorias y mermas y autoconsumos que correspondan. c) Costes de gestión de compra-venta de gas por los transportistas para el suministro de gas a las compañías distribuidoras para su venta a los mercados a tarifa. d) Costes de la actividad de los distribuidores para el suministro de gas imputables a cada una de las tarifas. e) Desviaciones, en su caso, resultantes de la aplicación del régimen de liquidaciones del año anterior» (art. 26.2 RD ATRSEI).

En relación con los costes citados deben puntualizarse que la CNE manifiesta reiteradamente la necesidad de que el MITC le remita toda la información necesaria para emitir su Informe sobre las órdenes que fijan las tarifas, especialmente, en el coste de la materia prima por ser un elemento fundamental para el cálculo de las tarifas⁸⁰⁴ y

⁸⁰⁴ En este sentido, «cabe señalar que la falta de información, por segundo año consecutivo, sobre los valores de las tarifas de venta en la propuesta de Orden sobre la que debe emitir informe esta Comisión, hace que la estimación de los ingresos a obtener en el mercado regulado sea un ejercicio más de previsión». Vid. Informes de la CNE sobre las propuestas de Orden por la que se establecen las tarifas de gas natural y gases manufacturados por canalización: Informe 1/2003, de 10 de enero de 2003 Informe 1/2005, de 11 de enero de 2005, pp. 4-5; Informe 38/2006 de la CNE, de 21 de diciembre, p. 4; e Informe

cuya fórmula de cálculo ha sido objeto de modificaciones a lo largo de los años de vigencia del sistema.

Hay que recordar que la Directiva del Gas en su artículo 25.2 a), atribuye a las «autoridades reguladoras» la función de determinar o aprobar, antes de su entrada en vigor, al menos las metodologías empleadas para establecer las condiciones de las tarifas de transporte y distribución. No obstante, añade la Directiva, «los Estados miembros podrán disponer que las autoridades reguladoras remitan al órgano pertinente del Estado miembro, para que éste adopte una decisión formal, las tarifas o, al menos, las metodologías mencionadas» en cuyo caso «el órgano pertinente estará facultado para aprobar o rechazar un proyecto de decisión presentado por la autoridad reguladora.» (DG art. 25.3)

A tenor de dicha disposición, el Consejo de Gobierno en sesión de 25 de febrero de 2005, publicado mediante Resolución de 1 de abril de 2005, en su mandato trigésimo primero, encargó a la CNE un estudio sobre los costes del sistema de GN imputables a cada tipo de tarifa y peaje. Este mandato se ejecutó durante 2006⁸⁰⁵.

Hasta entonces, de acuerdo con la legislación vigente, las tarifas de venta a los usuarios son únicas⁸⁰⁶ para todo el territorio nacional, en función del volumen, presión y forma

36/2007, sobre la propuesta de Orden por la que se establece la tarifa de último recurso del sistema del gas natural para el año 2008, p. 35 y 42.

⁸⁰⁵ En efecto, la CNE remitió dicho Informe, sin que al parecer, hasta la fecha se hayan acogido sus recomendaciones, puesto que la CNE lo sigue recordando en sus informes como algo a considerar. Vid. Informe 37/2007, de 20 de diciembre de 2007, pp. 7 y 8, e Informe 36/2007, de 20 de diciembre de 2007, p. 21.

⁸⁰⁶ Según DE QUINTO ROMERO, J., «La tarifa única (antes denominada tarifa tope unificada) es un fundamento clásico de la regulación española.» Entendida ésta como «aquella que no discrimina a los consumidores tipo en función del lugar del territorio en que se ubican», en «Principios económicos de tarificación», en *Tarifas...*, op. cit. p. 258. Para DEL GUAYO, I., «El carácter único de las tarifas de venta a los usuarios no discrimina ni a productores ni a consumidores en función de su ubicación geográfica y responde a un criterio político de cohesión territorial», «Tarifas peajes y cánones del gas natural», en *Precios y tarifas en sectores regulados*, Comares, Granada, 2001, p. 54. Sin embargo, en opinión de ARIÑO ORTÍZ, G., este principio de tarifa única «es incompatible con la creación de un mercado energético y con la pretensión de que los precios regulados reflejen los costes reales, para lograr la eficiente asignación de recursos.», en: *Principios de Derecho Público Económico*, 2ª ed., Editorial Comares, Granada, 2001, p. 597. En efecto, como señala DE QUINTO, J., «para reflejar perfectamente el coste de suministrar a cada abonado serían necesarios tantos precios como utilizaciones» Además, según este mismo autor la tarifa única no sólo es ineficiente en cuanto a que el consumidor no percibe ningún

de consumo⁸⁰⁷ y no incluyen los impuestos. Éstas deben ser satisfechas a los distribuidores por los consumidores en régimen de suministro a tarifa.

b. La actualización de las tarifas

Según dispone el artículo 5.1 de la Orden ITC/3992/2006, el MITC, previo acuerdo de la CDGAE, procederá a la fijación de los nuevos precios de las tarifas de venta, «como resultado de la actualización de los parámetros que constituyen la tarifa». Es decir, coincidiendo con la actualización del coste unitario de la materia prima del mes de enero. Por su parte, el coste unitario de la materia prima se calcula trimestralmente, en los meses de enero, abril y julio, de acuerdo con la fórmula establecida en la misma Orden. De manera que, las tarifas se modifican siempre que las variaciones del coste de la materia prima experimenten una variación, al alza o a la baja, superior al 2 por 100 del valor incluido en las tarifas vigentes. Los cambios referidos se aplicarán a través de las respectivas Resoluciones que a esos efectos han de publicarse en el BOE, y que entran en vigor el tercer martes del mes correspondiente (art. 5.2 Orden ITC/3992/2006).

Esto es lo que, en alguna medida, realiza la DT primera de la Orden ITC/3861/2007. Ello no habría sido necesario de cumplirse la Ley 12/2007 y no haberse retrasado la fecha de extinción de la tarifa regulada. La citada DT en efecto, actualiza el coste unitario de la materia prima y establece que este se revisará en abril, el precio de cesión a las empresas de distribución.

incentivo para localizar los consumos en aquellas zonas en las que el coste del suministro sea más barato, sino que obliga a prorratear las pérdidas del sistema entre todos los agentes del mercado en lugar de permitir identificar el nivel de pérdidas de cada unidad de producción y de consumo favoreciendo lógicamente a aquellas unidades que produjeran menores pérdidas.» *Principios...*, op. cit., pp. 252, 259-260.

⁸⁰⁷ La redacción actual del artículo 93 de la LSH, es resultado de la reforma introducida por el art. 108 de la Ley 50/1998, de 30 de noviembre, de Medidas Fiscales Administrativas y de Orden Social, (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1998). En general, la potestad tarifaria está amparada por el artículo 9.2 de la Directiva del Gas: «Los Estados Miembros podrán imponer a las empresas distribuidoras o suministradoras la obligación de abastecer a los clientes situados en una zona determinada o pertenecientes a una determinada categoría o ambas cosas. La tarifa de estos suministros podrá regularse, por ejemplo, para asegurar la igualdad de trato de los clientes de que se trate».

c. Condiciones generales para la determinación y aplicación de las tarifas. Obligaciones de las empresas transportistas y distribuidoras y comercializadoras con respecto a la facturación de las tarifas.

Las respectivas órdenes ministeriales que establecen las tarifas regulan detalladamente una serie de condiciones generales aplicables a la facturación de las mismas. En algunos casos, aclaran diversos aspectos que han ido siendo planteados por los agentes del sector a lo largo de su vigencia, introduciendo transparencia en la regulación⁸⁰⁸. Estos aspectos no se han recogido en la Orden ITC/3861/2007 para el caso de las tarifas reguladas pero sí están incluidos en la Orden ITC/3992/2006.

En primer lugar, debe mencionarse que la facturación de las tarifas, en general, debe expresar las variables que sirvieron de base para el cálculo de la cantidad cobrada, desglosando en cada factura los porcentajes correspondientes a la imputación de los costes destinados a la CNE y al GrTS. Igualmente, los impuestos deben repercutirse separadamente en la factura (art. 11 ITC/3992/2006).

Adicionalmente, se establece el procedimiento de cálculo de la facturación de tarifas que abarquen períodos donde haya regido más de un precio. Caso en el cual, debe calcularse repartiendo el consumo total del período facturado de forma proporcional al tiempo en que haya estado en vigor cada uno de los precios que hayan regido durante el período, excepto para los consumidores en que se efectúe medición diaria, para los que la facturación se realiza de acuerdo con dichas medidas (art. 12 ITC/3992/2006).

Recuérdese que las empresas distribuidoras están obligadas a velar por la correcta asignación de la tarifa al nivel de consumo real⁸⁰⁹. En general, la facturación es

⁸⁰⁸ Vid. Informe 3/2004, de la CNE, de 15 de enero, p. 27.

⁸⁰⁹ La Orden establece dos situaciones específicas en las que el distribuidor una vez que verifique que el consumo real es menor al que corresponde a la tarifa aplicada, en un año natural, o en los primeros doce meses transcurridos desde la celebración del contrato debe proceder a facturar de nuevo dicho cliente según la tarifa que en realidad le corresponda. De la misma manera que se aplicará un recargo del 20%, al consumidor adscrito a la tarifa 2.4. que supere el límite superior de consumo establecido para la misma en una cantidad superior al 10% e inferior al 20% y en el caso de que se constate que supera el volumen máximo anual de este grupo tarifario, podrá obligarle a su salida del mercado tarifario (art. 15. 5 y 6 ITC/4101/2005). tarifarios que darán.

mensual, pero para consumidores conectados a gasoductos con presión de diseño inferior o igual a 4 bares la facturación puede ser bimensual. Además, las empresas distribuidoras están obligadas a modificar los parámetros del contrato para ajustarlo a la demanda máxima que prevea el consumidor excepto cuando éste los haya modificado voluntariamente en un plazo inferior a 12 meses y no se haya producido ningún cambio en la estructura de tarifas que le afecte. A los efectos del cómputo del consumo anual, en el supuesto de nuevos contratos de suministro o de cambio de tarifas, se tomarán en cuenta los doce meses siguientes a la fecha de formalización del contrato. En el supuesto de clientes con más de un año de antigüedad en una tarifa determinada, el período de cómputo debe coincidir con un año natural.

A estas condiciones añade una especie de sanción por su inaplicación. Cualquier disminución de la facturación como consecuencia de la no aplicación de las reglas establecidas tendrá que ser soportada por la compañía distribuidora, y consecuentemente, la CNE efectuará el cálculo de las liquidaciones correspondientes sin tener en cuenta dichas disminuciones (art. 15.3 ITC/3992/2006).

Toda recaudación en concepto de tarifas debe ser comunicada a la CNE e incluida en el sistema de liquidaciones de acuerdo con la Orden ECO/2692/2002, de 28 de octubre, por la que se regulan los procedimientos de liquidación de las actividades del sector del GN y las cuotas con destinos específicos.

d. Precio de cesión de gas natural a otros transportistas y a los distribuidores en el mercado a tarifa

Los precios de cesión de GN de los transportistas a otros transportistas y a los distribuidores, de acuerdo con el RD ATRSEI se determina a partir de los siguientes tres costes: coste de la materia prima, costes de la gestión de compra-venta de gas para su venta a los distribuidores con destino al mercado a tarifa y; coste medio de regasificación que corresponda⁸¹⁰. Este precio también se aplica a la venta de GNL de

⁸¹⁰ Cada uno de estos aspectos fueron definidos, inicialmente, en el artículo 4 de la Orden ECO 302/2002, que a su vez remiten a la Orden por la que se establece la retribución de las actividades reguladas. Para el año 2003, se regularon mediante Orden ECO/31/2003, de 16 de enero. Actualmente, están contenidos en

los transportistas a los distribuidores para su suministro desde una planta satélite que suministre a varios consumidores, y no incluye el coste del transporte desde el punto de carga de la cisterna hasta su destino, que corre por cuenta del distribuidor (art. 28 RD ATRSEI).

El precio de cesión se varía cuando se modifican los precios del coste de la materia prima por Resolución de la DGPEM, o, anualmente de forma simultánea con el resto de los parámetros, si se modifican la estructura o condiciones de los aprovisionamientos (art. 7.2 Orden ITC/3992/2006).

La Orden ITC/3861/2007 actualiza el precio de cesión a empresas distribuidoras. No obstante hay que recordar que éste régimen desaparecerá el 1 de julio de 2008, por tanto, a partir de ese momento este coste desaparece.

e. Tarifa de gas natural para su utilización como materia prima

En principio, con la entrada en vigor del nuevo sistema económico han desaparecido las tarifas según los usos vigentes hasta entonces, sin embargo en el RD no se estipuló la estructura tarifaria para el uso del GN como materia prima. En su lugar, la Orden ECO/302/2002, dispuso mantener vigente la regulación establecida sobre esa materia⁸¹¹. Por su parte, la Orden ECO/33/2004 amplió el período para su aplicación hasta el 31 de diciembre del año 2009⁸¹². En consecuencia, se estableció una excepción al sistema general, sin una previsión ni legal, ni reglamentaria que la fundamente⁸¹³.

el artículo 4 de la Orden ITC/3992/2006, sin que la regulación haya sido objeto de importantes modificaciones.

⁸¹¹ Específicamente, en el punto 1.4.1 del Anexo I de la Orden de 30 de septiembre de 1999, con las modificaciones introducidas en la Orden de 20 de mayo de 2001.

⁸¹² Al respecto, la CNE destacó que en la Memoria que acompaña a la propuesta de Orden no se aporta información que justifique la ampliación del periodo de aplicación. Informe 3/2004, de 15 de enero, pp. 28-29.

⁸¹³ En este sentido, la CNE en su Informe 26/2007, concluye: «La tarifa de materia prima por su carácter de tarifa de uso no tiene cabida en la estructura tarifaria actual y su mantenimiento supone una discriminación respecto al resto de consumidores industriales, que en el proceso de liberalización del sector gasista han visto suprimidas sus tarifas...» p. 10.

Esta regulación se reitera en el punto 4 de la DT 4ª de la Ley 12/2007, que señala como fecha límite el 31 de diciembre de 2009, para que el MITC continúe estableciendo un peaje específico para aquellos consumidores que a su entrada en vigor se encuentran acogidos a la tarifa para suministros de GN para su utilización como materia prima, en conformidad con lo establecido en Anexo I, apartado. 1.4.1, de la Orden de 30 de septiembre de 1999, con las modificaciones introducidas por la Orden del Ministerio de Economía de 28 de mayo de 2001 que dispone: «El precio correspondiente a este tipo de suministro estará en función de las condiciones específicas del usuario, será pactado entre las partes contratantes y notificado por la empresa suministradora a la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Economía, cada vez que se modifique su valor, así como anualmente y en el primer trimestre de cada año remitirá resumen de termias suministradas y precios aplicados» y hay que añadir, por la DF primera de la Orden ITC/1865/2007, de 22 de junio, por la que se regula la contratación a plazo de energía eléctrica por los distribuidores para el segundo semestre de 2007 y en el primer semestre de 2008, que añade un párrafo final al punto 1.4.1 de la citada Orden, para establecer la posibilidad conforme al artículo 25.2 del Ministro del MITC para modificar la referida disposición.

Por su parte, la DT 5ª de la Ley 12/2007, que fija el calendario de adaptación del sistema tarifario al suministro de último recurso, ha dispuesto que su contenido «no afecta a la DT única de la OM ECO/33/2004, de 15 de enero, que continua vigente y es de aplicación hasta el 31 de diciembre de 2009». Esta DT única de la Orden citada no hace sino reiterar la validez hasta 2009 de lo dispuesto en el apartado 1.4.1 de la Orden de 30 de septiembre de 1999, antes citada. No obstante, el artículo 2 de la Orden ITC/2795/2007, de 28 de septiembre, modifica la fórmula establecida en la Orden de 1999 por la que se actualizan los parámetros del sistema de precios máximos de los suministradores de gas para usos industriales. El citado artículo añade en su punto 2: «A partir del 1 de enero de 2008, el precio a aplicar a estos suministros será la tarifa en vigor y aplicable a los consumidores con consumos superiores a 100.000 kWh/año». Por otro lado, la DT segunda de la Orden ITC/3863/2007, establece un peaje temporal con carácter extraordinario para los usuarios de la tarifa de materia prima.

f. Tarifa de suministro de GNL a plantas satélites. Una tarifa liberalizada.

Por otra parte, hay que señalar el caso de la supresión de las tarifas a plantas satélites, es decir, el suministro de GNL. Dicha tarifa no se encuentra en ninguno de los grupos tarifarios señalados anteriormente, ya que los consumidores finales no están conectados a la red de distribución. Los consumidores con suministro de carácter firme ven liberalizados los precios de la tarifas sobre el GNL y, en consecuencia, no tienen la opción de continuar en el mercado regulado. En este sentido, la Orden ECO/302/2002 en su artículo 13 señala: «Los precios de los suministros de gas natural licuado (GNL) efectuados a partir de plantas terminales de recepción, almacenamiento y regasificación de gas natural licuado para el suministro a consumidores finales quedan liberalizados a partir de la entrada en vigor de la presente Orden»⁸¹⁴. Hay que recordar que esta Orden fue derogada por la posterior, y no se observó el debido cuidado de salvar esta disposición de la derogatoria expresa realizada por la Orden ECO/31/2003 de 16 de enero.

B. Las tarifas de último recurso.

Se define como tarifa de último recurso «el precio máximo que podrán cobrar los comercializadores que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 82 de la presente Ley, hayan sido designados como suministradores de último recurso, a los consumidores que, de acuerdo con la normativa vigente para esta tarifa, tengan derecho a acogerse a la misma». Esta tarifa mantiene las características de la que suprime: es única en todo el territorio español sin perjuicio de las especialidades por niveles de presión y volumen de consumo y recupera su carácter de máxima (art. 93 LSH y DT cuarta Ley 12/2007).

⁸¹⁴ Al respecto la CNE, sugirió que «mientras se permita a los consumidores la opción de mantenerse en el mercado regulado, se podría establecer como precio de referencia para los suministros de GNL con Planta Satélite propia, el precio de cesión de los distribuidores con plantas terminales de recepción, almacenamiento y regasificación de GNL añadiendo la tasa de la CNE y la cuota del GTS.» Informe 1/2002, p. 27.

a. Elementos generales para su cálculo.

De acuerdo con lo establecido en la LSH, el Ministro del MITC, previo acuerdo de la CDGAE, dictará las disposiciones para el establecimiento de la tarifa de último recurso de GN o un sistema de determinación y actualización automática de la misma. Este sistema de cálculo «incluirá de forma aditiva el coste de la materia prima, los peajes de acceso que correspondan, los costes de comercialización y los costes derivados de la seguridad del suministro» (art. 93.3 y 4 LSH).

Los costes de esta tarifa, como puede observarse, no son los mismos de la tarifa regulada. En consecuencia, la metodología para su cálculo debe ser distinta. No obstante, la Orden ITC/3861/2007, por la que se establece la tarifa de último recurso del sistema de gas natural para el año 2008, modificando lo establecido en la citada Ley no sólo retrasa la fecha de extinción de las tarifas al 1 de julio de 2008, sino que no fija el procedimiento para la determinación de los precios máximos a los que los comercializadores de último recurso deben suministrar el gas a partir del 1 de julio de 2008. Únicamente reitera los costes establecidos en la Ley 12/2007 y dispone que dichos precios, «calculados antes de impuestos indirectos, se componen de un término fijo, expresado en €/mes, y un término variable, expresado en cent/kWh, y un término variable expresado en cent/kWh.». En su lugar, el epígrafe 9 de la DT primera dispone que: «Los precios máximos de último recurso se determinarán mediante la aplicación de la metodología descrita en la presente disposición transitoria para la tarifa regulada hasta la revisión que se realice en el mes de octubre de 2008, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3». El citado artículo dispone la revisión del término variable de los precios máximos, según la metodología que establezca el MITC, a partir de octubre de 2008. Las revisiones producirán efectos a partir del día 12 de los meses de abril, julio y octubre.

Por otro lado, la LSH habilita al Ministro del MITC para establecer un mecanismo de subasta que permita fijar el coste de la materia prima para estas tarifas, previo acuerdo de la CDGAE. Al igual que las tarifas que se extinguen, las de último recurso se fijarán de forma que no ocasionen distorsiones de la competencia en el mercado (art. 93. 4 y 5 LSH). En este sentido, la DA segunda de la Orden/ ITC/3861/2001 establece como plazo el 1 de julio de 2008 para el establecimiento de dicho mecanismo y dispone que, a

partir del 1 de enero de 2009, los comercializadores de último recurso estarán obligados a adquirir el gas destinado al SUR a través de éste. Las condiciones de la subasta serán aprobadas por resolución de la Secretaría General de Energía. Dicha subasta será organizada por una entidad independiente y supervisada por la CNE.

b. Calendario de adaptación del sistema tarifario al suministro de último recurso

El calendario de adaptación del sistema actual al de suministro de último recurso está establecido en la DT quinta de la Ley 12/2007. Se había programado un plazo muy corto para la extinción de las tarifas tradicionales, que quedan suprimidas a partir del 1 de enero de 2008. A partir de esta fecha podrán acogerse a la tarifa de último recurso, exclusivamente, los consumidores conectados a gasoductos cuya presión sea menor o igual a 4 bar, con independencia de su consumo anual. A partir del 1 de julio de 2008 sólo podrán acogerse a esta tarifa, aquéllos cuyo consumo anual es inferior a 3 GWh. A partir del 1 de julio de 2009, aquellos cuyo consumo anual sea inferior a 2 GWh., y a partir del 1 de julio de 2010, aquellos con nivel de consumo inferior a 1 GWh. En todos los casos deben ser consumidores conectados a gasoductos con presión igual o menor a 4 bares. El Gobierno, sin embargo, tiene la potestad para modificar estos límites si «así lo recomiendan las condiciones del mercado».

Los comercializadores y, en su caso, los distribuidores están obligados a comunicar a sus clientes, con al menos 5 meses de antelación, la fecha prevista para la aplicación del calendario establecido, considerando en cada caso, los consumos anuales del año natural inmediatamente anterior.

c. Facturación del suministro a tarifa pendiente

Los obligados a realizar la facturación del SUR son los comercializadores, quienes además, deben facturar los suministros a tarifa pendientes de los consumidores a tarifa que les hayan sido transferidos, según las tarifas aplicables en cada momento. Luego, cuentan con un plazo de un mes desde la fecha de la facturación para abonar a los distribuidores las cantidades que resulten de aplicación de las tarifas en vigor (art. 5 Orden /2309/2007).

Los consumos imputables a cada sujeto se calculan mediante un prorrateo del importe total de la factura, con base en la lectura de los equipos de medida instalados al efecto, en función de los días que haya suministrado cada uno.

4. Obligaciones de los transportistas, distribuidores y de los consumidores en relación con los equipos de teled medida

De acuerdo con el artículo 19 de la Orden ITC3992/2006, el equipo de teled medida «es el dispositivo que permite la comunicación entre los sistemas de medición del consumidor de gas natural y el centro gestor de la teled medida de la empresa distribuidora o transportista».

El artículo 31 del RD ATRSEI: establece «Aquellos consumidores cualificados con consumo superior a 30.000.000 kWh/año y que dispongan de equipo de teled medida para poder medir los caudales diarios, podrán optar por tener un tratamiento individualizado en el cobro correspondiente a la facturación del caudal contratado (...) El Ministerio de Economía, teniendo en cuenta la evolución del mercado, la evolución tecnológica de los equipos de control y su coste, podrá modificar el umbral de consumo para poder ser incluido en esta modalidad para la facturación del término fijo del peaje».

Con base en esa disposición, la Orden ITC/103/2005 expone la necesidad de aumentar el número de puntos de consumo con teled medida, ante el alto crecimiento del mercado «de forma que el GrTS como las empresas distribuidoras y comercializadoras puedan tener una visión clara del uso de la red y del grado de equilibrio entre el consumo y la entrada del gas al sistema» y para ello, reduce el umbral a partir del cual es obligatorio el uso de la teled medida e introduce penalizaciones, en términos de la facturación, aplicando un peaje más en razón del incumplimiento de la obligación del consumidor de tener instalado, en condiciones de utilizarse, el equipo de teled medida.

En relación con los equipos de teled medida, las empresas transportistas y distribuidoras, de conformidad con el artículo 20 de la Orden ITC/3992/2006⁸¹⁵ están obligadas a

⁸¹⁵ El art. 19 de esta Orden establece por primera vez, la tarifa de alquiler de estos equipos. Acogiendo, además, las recomendaciones de la CNE en su «Informe y propuesta de tarifas de alquiler de los equipos de teled medida y sus fórmulas de actualización». Informe 38/2006, de 21 de diciembre de 2006, p. 40.

realizar un estudio técnico previo que indique al consumidor la adecuación de los equipos que se instalarán, asimismo deben instalarlo y realizar el mantenimiento y reparación y/o sustitución del mismo. Además, deben efectuar las conexiones necesarias con el centro gestor de teledistribución de la empresa respectiva y permitir al consumidor el acceso a la información contenida en éste.

Correlativamente, el consumidor está obligado a pagar la cuota establecida por el servicio prestado y realizar las adaptaciones técnicas necesarias, conservarlo en condiciones adecuadas y, especialmente, no manipularlo. En caso de que detecte algún fallo o funcionamiento anormal debe comunicarlo a la empresa respectiva, así como notificarle, con la antelación suficiente, los cambios de sus equipos.

Por su parte, el artículo 10 de la Orden ITC/3996/2006, en el caso de los peajes y cánones y el artículo 18 de la Orden ITC/3992/2006 para el caso de las tarifas, establecen los tipos de consumidores que deben cumplir esta obligación y las penalizaciones respectivas por su incumplimiento, así como el deber del distribuidor de advertir al consumidor sobre esta obligación y sobre el plazo que se le otorga para su cumplimiento.

5. Impuestos y tributos

De acuerdo con lo establecido en el artículo 95.1 de la LSH, modificado por el artículo único.³⁶ de la Ley 12/2007, las tarifas de último recurso, los peajes y cánones y los precios de los servicios asociados al suministro, aprobados por la Administración, para cada categoría de consumo no incluirán ningún tipo de impuesto. Aunque sí establece la posibilidad de incluir en éstos un suplemento territorial que puede ser diferente en cada CA. Ello en el supuesto de que las actividades gasistas sean gravadas con tributos de carácter autonómico o local, cuya cuota se obtenga por medio de reglas no uniformes para el conjunto del territorio nacional.

A efecto de lograr una mayor transparencia en los precios de suministro, los comercializadores deben desglosar en la facturación del usuario, al menos, los importes correspondientes a los precios y los tributos que graven el consumo del gas, así como los suplementos territoriales cuando correspondan (art. 95.2 LSH).

VI. Retribución de las actividades reguladas del sector

La retribución de las actividades realizadas en el sector gasista se lleva a cabo, según la LSH, con cargo en las tarifas de último recurso, peajes y cánones que son determinados por el Gobierno y en los precios abonados (art. 91.1), cuya fijación debe atender los criterios establecidos en el epígrafe anterior. El órgano encargado de fijar la retribución, siempre y en todos los casos, es el MITC, previo informe preceptivo de la CNE. La retribución debe estar fijada antes del 1 de enero de cada año⁸¹⁶ (art. 16.6 RD ATRSEI).

El procedimiento de cálculo de cada una de las retribuciones está contenido en el Capítulo III del RD ATRSEI que dispone, en concordancia con lo señalado en el artículo 92.2 de la LSH, que los sistemas de actualización de las retribuciones se fijan para períodos de cuatro años, procediéndose a una revisión y adecuación en el último año de vigencia (art. 15.2 ATRSEI). No obstante lo anterior, la DT primera del citado RD, en concordancia con la DT novena de la LSH, señala que dicho sistema debía aplicarse en un plazo no superior a dos años contados desde la fecha en que todos los consumidores tengan la condición de cualificados. En el nivel nacional, atendiendo a las disposiciones legales, esto implica que para el año 2006 se debería haber desarrollado el primer sistema estable de actualización de la retribución para un período cuatrienal, pero aún no se ha llevado a cabo. Ello pese a la advertencia reiterada de la CNE⁸¹⁷ en este sentido, y con el agravante de que las Órdenes anuales pueden generar incertidumbre regulatoria, ya que incluso regulan aspectos que exceden ese límite temporal.

⁸¹⁶ Así se determinó mediante la modificación introducida al artículo 16.6 por el art. Segundo.dos del RD 942/2005. Originalmente se establecía como fecha límite, el 31 de enero de cada año. Esta modificación ha sido considerada por la CNE como: «una mejora, desde el punto de vista práctico, en el proceso de presupuestación, pues permitirá que tanto la retribución, como las tarifas y los peajes sean establecidos para el año natural, con lo que se evitará el actual desfase existente entre las fechas de entrada en aplicación de la retribución, las tarifas y los peajes y cánones.» Informe 7/2005, 14 de junio de 2005.

⁸¹⁷ Al efecto, la CNE propuso la conformación de una comisión que estudie las medidas que se propondrán. Sin embargo, la propia CNE ha puesto de manifiesto que para el año 2006, habiendo vencido el plazo establecido, no se ha efectuado «la revisión prevista en el artículo 15.2, del RD 949/2001, del sistema de actualización de las retribuciones, que se ha de mantener durante períodos de cuatro años.» Informe 25/2005 de 22 de diciembre de 2005, p. 11 y 16.

1. Evolución de la normativa. Instrumentos normativos utilizados para su regulación.

La Orden ECO/301/2002, de 15 de febrero⁸¹⁸, fue la primera que desarrolló el RD ATRSEI. A través de ésta se establecieron las fórmulas de cálculo de cada una de las retribuciones y un sistema para la actualización de éstas. Ahora bien, nuevamente hay que recordar un presupuesto fundamental para que el nuevo SEI arrancara bien: la necesidad de dar un adecuado cumplimiento a ciertas disposiciones relativas a la separación jurídica y contable de las actividades, ya que, sólo de esta manera era posible conocer los datos que permitirían elaborar un sistema de cálculo de las retribuciones. Sin embargo, aunque a la fecha de entrada en vigencia de la Orden, los plazos establecidos al efecto ya estaban cumplidos, en algunos casos las obligaciones respectivas aún no se habían completado⁸¹⁹. Pese a ello, la citada OM/301/2002, finalmente, viene a poner en marcha el sistema retributivo disminuyendo, en buena medida, la incertidumbre regulatoria existente en esta materia⁸²⁰, cuatro años después de publicada la LSH. Adicionalmente, va a permitir la valoración de los activos existentes

⁸¹⁸ Este RD se completa con la Orden ECO 301/2002, de 18 de febrero de 2002, por la que se establece la retribución de las actividades reguladas en el sector gasista. Modificada por la Orden ECO/1026/2002, de 10 de abril, (BOE núm. 112, de 10 de mayo de 2002). En esta Orden, finalmente, se establecen los valores concretos calculados, por primera vez, con base en los criterios establecidos por la LSH (cuatro años después de su promulgación).

⁸¹⁹ Al menos, así se desprende del Informe 2/2002 de la CNE, que pone de manifiesto que entre la información aportada por la DGPEM para la elaboración del informe sobre la «propuesta de orden por la que se establece la retribución de las actividades reguladas del sector gasista: “no se encuentran los estados contables completos de las compañías (balances de cuentas y resultados), con separación para cada una de las actividades reguladas (...) En consecuencia, esta Comisión no puede verificar la información utilizada por el MITC para la elaboración numérica de la retribución contenida en la propuesta de O. M.. Esto adquiere cierta relevancia, debido a que la retribución inicial calculada sin la debida separación contable entre actividades se actualiza anualmente mediante un coeficiente de inflación y de eficiencia, lo que consolidaría para el futuro las posibles distorsiones iniciales de los costes reconocidos», p. 19 y 71. La falta del envío a la CNE por parte del MITC de la información de carácter técnico económico necesaria para valorar adecuadamente los resultados de los cálculos propuestos, ha sido una práctica que se ha consolidado en los años posteriores –Informe CNE 2/2003 y 2/2004 -. De manera que, hay que decirlo, cabe la posibilidad de que el MITC sí cuente con la citada información pero que ésta no se traslada a la CNE.

⁸²⁰ Como ha manifestado la CNE, debería considerarse el hecho de que en estas Ordenes Ministeriales se regulan aspectos con carácter plurianual, y las órdenes tienen carácter anual, lo que genera cierta incertidumbre: «en consecuencia, este tipo de desarrollo regulatorio debería de realizarse mediante una normativa de mayor rango, esto es, mediante Reales Decretos» Informe 2/2004, de 8 de enero de 2004, pp. 5 y 42.

en el sector y, consecuentemente, servirá de impulso para la entrada de nuevos agentes y la realización de nuevas inversiones.

Por otra parte, la Orden ECO/2692/2002, de 28 de octubre, completa el sistema: Esta Orden dispone los procedimientos de liquidación de la retribución de las actividades reguladas del sector y las cuotas con destinos específicos⁸²¹, también establece el sistema requerido para reunir la información que las empresas están obligadas a aportar. Esta Orden ha sido modificada por el artículo cuarto de la Orden ITC/3655/2005, y por la Orden ITC/3863/2007 en los términos que se estudiarán luego.

Asimismo, mediante la Orden ECO/30/2003, básicamente, se actualizan las retribuciones para el año 2003, reiterando los principios fijados en la Orden anterior. Para el año 2004, la Orden ECO/31/2004, de 15 de enero, actualiza las retribuciones además de los parámetros, los coeficientes y los valores unitarios de las actividades e introduce algunas innovaciones a efecto de incluir en el régimen económico ciertas situaciones que no se consideraron originalmente y que el funcionamiento real del sistema ha ido precisando, tales como, el procedimiento para la inclusión de nuevas instalaciones autorizadas de forma directa y de las ampliaciones de las instalaciones del sistema. Adicionalmente, determina los criterios y la forma de cálculo de la retribución de instalaciones con características técnicas especiales.

Por su parte, la Orden ITC/102/2005, de 28 de enero, vuelve a actualizar las retribuciones y algunos coeficientes para el cálculo de las mismas, e incorpora nuevas disposiciones con el propósito de incluir actividades que aún estaban excluidas.

La Orden ECO/31/2004 ha sido modificada por la Orden ITC 3655/2005, de 23 de noviembre. Con anterioridad a la Orden de 2004, anualmente, cada orden derogaba expresamente su predecesora, mientras la Orden ITC/102/2005, de 28 de enero⁸²²,

⁸²¹ Esta Orden desarrolla el Capítulo V, del RD ATRSEI, sobre liquidaciones, más específicamente los métodos de cálculo de las retribuciones.

⁸²² En opinión de la CNE: «La propuesta de Orden, (...) no realiza un cambio sustancial ni en la filosofía ni en el marco básico establecido en el Real Decreto 949/2001 y en la Orden ECO301/2002 y 31/2004, e ITC/102/2005, aunque supone un mayor desarrollo y perfeccionamiento de los aspectos ya contemplados anteriormente junto con la necesaria actualización al año 2006 de la retribución de cada una de las

utiliza, por primera vez, una técnica distinta a la de las órdenes que le preceden en el sentido de no reiterar la normativa referida a cada actividad y por tanto, no la deroga. En su lugar, su artículo 2 dispone: «El sistema retributivo establecido en el Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto, (...) La orden ECO/31/2004, de 15 de enero, que desarrolla el anterior Real Decreto, establece la retribución de las actividades reguladas del sector gasista para el año 2004 y será de aplicación al año 2005 con los factores y coeficientes siguientes...». La Orden ITC/102/2005 también actualiza los coeficientes de cálculo, revisa los valores unitarios de referencia para las nuevas inversiones, e introduce algunas modificaciones en la retribución de las empresas de distribución, la retribución de estaciones de regulación y medida.

No obstante lo anterior, la Orden ITC/4099/2005, de 27 de diciembre, que rige durante 2006, vuelve al sistema inicial, reiterando la regulación e incluyendo, en general, las modificaciones introducidas hasta entonces. Igualmente, como novedad, habilita un procedimiento para retribuir la compra de GN con destino al nivel mínimo de llenado de los tanques de las plantas de regasificación y de los gasoductos de la red de transporte.

En el año 2007, mediante la orden ITC/3993/2006, de 29 de diciembre, se ha producido la reforma más profunda del sistema. Después de una revisión del mismo se ha concluido que procede llevar a cabo su adecuación ya que, por un lado, con respecto a las plantas de regasificación: «el sistema existente adolece de un grave problema derivado del hecho de que la recuperación de las inversiones sólo queda asegurada si las plantas alcanzan un grado de funcionamiento superior al 75% de su capacidad nominal. Este factor introduce un grado de incertidumbre que afecta el esfuerzo inversor y que carece de sentido ya que, al tratarse de una actividad planificada, la recuperación de las inversiones debe estar garantizada en su totalidad»⁸²³. Y por otro, en relación con los

empresas, de los parámetros y los coeficientes de las actividades reguladas del sector del gas natural...» Informe 25/2005, de 22 de diciembre de 2005, p. 10.

⁸²³ Conviene traer a colación las observaciones de la CNE, que ya había puesto de manifiesto esta situación al comentar artículo 5.6 de la Orden ECO/31/2004: «En el caso de las instalaciones de regasificación el coste anual fijo inicial será (...) el resultado de descontar al coste total (...) el resultado de multiplicar el coste variable unitario acreditado a la actividad de regasificación actualizado al año “n” (...) por la capacidad de diseño anual de regasificación de la instalación afectada de un coeficiente de 0,75. En años posteriores esta retribución se actualizará tal como se determina en...» Al señalar que de acuerdo con el sistema de retribución previsto «una planta de regasificación habría de alcanzar una utilización del 75%

almacenamientos subterráneos se ha llegado a la conclusión de que «era necesario explicitar un mecanismo de retribución transparente y acorde con los niveles de riesgo asumidos por los promotores, para fomentar las inversiones en almacenamientos subterráneos». Ambas conclusiones, -extraídas de la parte expositiva de las Ordenes ITC/3994/2006 e ITC/3995/2006, que regulan la retribución de las actividades de regasificación y de los almacenamientos subterráneos respectivamente- son muy expresivas de la gran relevancia que tiene la correcta definición de todos los elementos del sistema en orden a la eficaz y eficiente configuración del régimen económico y de la dificultad de su realización.

La Orden ITC/3993/2006, aplicable en 2007, establece la retribución de determinadas actividades reguladas del sector gasista e introduce modificaciones respecto de las tres órdenes anteriores que sólo han quedado derogadas por la posterior en cuanto se opongan.

Finalmente, para el 2008, utilizando una técnica distinta de la de los años anteriores, la Orden ITC/3863/2007, que regula los peajes y cánones, actualiza también ciertos aspectos relativos a la retribución de las actividades del sector. En este sentido la Orden, en su DA segunda señala que a la retribución de las actividades reguladas les será de aplicación lo establecido en la Orden ITC/3993/2006, Orden ITC/3994/2006 y la Orden ITC/3995/2006, salvo por las modificaciones que se contienen en la DF segunda y tercera de la misma Orden. El régimen vigente, para 2008, se expone a continuación.

2. Retribución a los transportistas

El artículo 69 a) de la LSH estipula entre los derechos de los titulares de las instalaciones de regasificación, transporte y almacenamiento, el reconocimiento de una

de su capacidad de regasificación para poder obtener el 100% de la retribución reconocida. Sin embargo, la utilización no depende del propietario de la planta sino de las necesidades del mercado y de las instrucciones del Gestor Técnico del Sistema, por lo que no deben ser penalizados por ello, especialmente desde el momento en que han sido incluidas en la planificación obligatoria.» Esta circunstancia se plantea a raíz de la forma de cálculo asociado a las nuevas inversiones en las citadas plantas autorizadas de forma directa. «Esta Comisión pone de manifiesto que el sistema de retribución variable de regasificación, podría desincentivar la construcción de nuevas instalaciones de regasificación que, en su caso, se aprueben y que han de proporcionar al sistema gasista la nueva y necesaria capacidad de entrada de gas.» Informe 2/2003, de 10 de enero.

retribución por el ejercicio de sus actividades, es decir, la retribución de los transportistas. Sin embargo, en el régimen económico es donde más se nota la situación sobre la que se ha venido insistiendo relativa a la agrupación de varias actividades bajo una única denominación del sujeto, como se observará en los siguientes epígrafes. Como se señaló antes, para el año 2007, se han separado las Órdenes que regulan la retribución de las diferentes actividades que componen el denominado transporte.

Por otro lado, hay que recordar que inicialmente, a efecto del establecimiento del régimen económico, se identificaron tres tipos de inversiones: las existentes al 31 de diciembre de 2001⁸²⁴, las nuevas inversiones autorizadas por asignación directa y las autorizadas mediante el procedimiento de concurrencia. El procedimiento establecido para calcular el coste fijo de las dos primeras exigió, como primer paso, la valoración de los activos⁸²⁵, los cuales se recalculan cada año.

A. En general, sobre la retribución de las actividades de regasificación, almacenamiento y transporte. Descripción del modelo vigente.

A efecto de retribuir la actividad de los transportistas se consideran los costes en que éstos incurren para llevar a cabo el desarrollo, operación y mantenimiento de instalaciones de regasificación, almacenamiento y transporte.

La retribución se calcula de forma individualizada para cada instalación. En conformidad con el artículo 16.2 del RD ATRSEI, en la operación de determinación de los costes se toman en cuenta los siguientes rubros: costes de inversión, calculados a partir de las características de la instalación, su fecha de puesta en marcha, las inversiones realizadas, la vida útil, las aportaciones de fondos públicos, y tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en los mercados de capitales; costes de operación y mantenimiento, para determinar dichos costes, según el RD ATRSEI, en general, se deben aplicar criterios de mejora de la productividad y eficiencia; y por último, la disponibilidad y utilización de las instalaciones.

⁸²⁴ En ese momento, la mayoría de esas instalaciones pertenecían al Grupo Gas Natural SDG (98%). En menor medida a la Sociedad de Euskadi y al Grupo Endesa.

⁸²⁵ Vid., Informe CNE 2/2002, de 7 de febrero de 2002.

Finalmente, se deja un inciso abierto que aporta poca transparencia al sistema. Éste comprende: «otros costes que se consideren necesarios para el desarrollo de las actividades»⁸²⁶ (art. 16 2.d)).

La estructura de esta retribución tiene un término fijo y podrá contener un término variable en función de la utilización de la instalación. En el caso de las instalaciones que se utilicen para el tránsito del combustible con destino a otros países, se debe deducir el porcentaje que corresponde por dicho uso⁸²⁷. La cantidad a retribuir a cada empresa se obtiene de la suma de las cantidades a retribuir para cada instalación de las que la empresa respectiva es titular. De esta manera, la agregación total de las retribuciones correspondientes a cada empresa o grupo de empresas determina la retribución total de las actividades de regasificación, almacenamiento y transporte⁸²⁸ (art. 16. 3 y 5 RD ATRSEI).

El MITC, previo informe de la CNE, debe establecer antes del día 1 de enero de cada año, los costes fijos a retribuir para cada empresa o grupo de empresas para ese año, así como los valores concretos de los parámetros para el cálculo de los variables⁸²⁹, ello sin perjuicio de las altas y cierres de instalaciones que se produzcan para el período considerado⁸³⁰. Asimismo, siguiendo igual procedimiento, puede establecer fórmulas

⁸²⁶ Como ya señaló, DEL GUAYO, I., «Una puerta demasiado grande», en «Precios y Tarifas...», op. cit., p. 74.

⁸²⁷ En opinión de la CNE, esta regulación supone que en la práctica el ATR para el tránsito internacional por España se regiría por el régimen de acceso negociado, lo cual puede generar dificultades prácticas en la asignación de las retribuciones reguladas cuando hay tránsitos compartidos, nacional e internacional, y además, el propietario de la instalación queda sin retribución reconocida por el tránsito internacional, aunque mantiene la obligación de prestarlo, Informe 8/2001, p. 91.

⁸²⁸ En los Anexos I, de la Ordenes: ECO/301/2002, ECO/30/2003 y ECO 31/2004, ITC/102/2005 consta el monto total del coste fijo acreditado a cada empresa o grupo de empresas, así como el coste variable establecido para los años 2002, 2003, 2004 y 2005 respectivamente. La fijación de este coste para el Grupo Gas Natural, es la que permitió finalmente, realizar la valoración de ENAGAS para proceder a su venta.

⁸²⁹ En este sentido, DEL GUAYO, I., opina que así el coste de las instalaciones «se convierte en un coste standard, administrativamente fijado.» Y que «a pesar de la homogeneización de esta medida, y de su eficacia protectora del solicitante de ATR, es un paso atrás en la liberalización, pues supone que tanto el coste como el precio es fijado por el Gobierno, lo cual es un error.», en «Tarifas y...», op. cit., p. 74.

⁸³⁰ Con base en esta previsión, la OM ITC/4099/2005, de 30 de diciembre de 2005 en su artículo 3 establece y desarrolla las fórmulas para la realización de dichos cálculos.

para la actualización de los costes a retribuir a las empresas sobre la base de la evolución de las principales magnitudes económicas, la disponibilidad de las instalaciones, la eficiencia y la calidad del servicio (art. 16.6 RD ATRSEI en su redacción después de la modificación introducida por el art. Segundo.Dos RD 942/2005).

Como se mencionó antes, para el año 2007, se han separado las órdenes que establecen la retribución de cada tipo de instalaciones, detallando qué instalaciones comprende cada una y especificando la retribución de cada actividad.

B. Instalaciones incluidas en el régimen retributivo.

El artículo 16 del RD ATRSEI enumera, en general, las instalaciones que se consideran incluidas en el régimen retributivo: las plantas de recepción, almacenamiento y regasificación de gas natural licuado (GNL), incluyendo las instalaciones de carga de cisternas de GNL; los almacenamientos subterráneos; las instalaciones de transporte de GN; los gasoductos de conexión internacional, estos son, los comprendidos en el territorio nacional que conectan a la red nacional con las redes de gasoductos de otros países o, con yacimientos o almacenamientos existentes en otros países; los de conexión de los yacimientos y almacenamientos estratégicos y operativos con el sistema gasista; y, todos aquellos activos de comunicaciones, protecciones, control, servicios auxiliares, terrenos, edificaciones, y demás elementos auxiliares, necesarios para su adecuado funcionamiento. Nótese que, a efectos del régimen económico, ninguna de las clasificaciones que hasta ahora se han estudiado, es decir, ni la de la LSH -en tres redes- ni la del propio RD ATRSEI relativa al sistema de acceso de terceros; son utilizadas para el cálculo de esta retribución. Las órdenes ministeriales detallan las instalaciones.

En ningún caso se incluyen en el régimen retributivo las instalaciones de consumidores para su uso exclusivo.

a. Instalaciones de transporte

En conformidad con el artículo 2 de la Orden ITC/3993/2006, a los efectos de la aplicación del régimen retributivo, están incluidas en la red de transporte de GN los costes en que se incurra para llevar a cabo el desarrollo, operación y mantenimiento de

las siguientes instalaciones: «a) Los gasoductos de transporte primario de gas natural cuya presión máxima de diseño sea igual o superior a 60 bar, b) los gasoductos de transporte secundario cuya presión máxima de diseño incluida en la autorización de la instalación sea inferior a 60 bar y superior a 16 bar, c) Los gasoductos de conexión internacional, entendiéndose como tales los comprendidos en el territorio nacional con las redes de gasoductos de otros países o con yacimientos o almacenamientos existentes en el exterior, con independencia de la presión de diseño, d) Los gasoductos de conexión de los yacimientos y almacenamientos estratégicos y operativos con el sistema gasista, con independencia de la presión de diseño, e) Las estaciones de compresión conectadas a los gasoductos de transporte, f) Las estaciones de regulación y medida conectadas a los gasoductos con entrada a presión superior a 16 bar, g) En su caso, las instalaciones de odorización, h) Aquellas otras instalaciones necesarias para la operación de las instalaciones anteriores. Asimismo se considerarán elementos constitutivos de la red de transporte gasista todos aquellos activos de comunicaciones, protecciones, control, servicios auxiliares, terrenos, edificaciones y demás elementos auxiliares necesarios para el adecuado funcionamiento de las instalaciones de regasificación, al almacenamiento y de la red de transporte antes definidas»

b. Instalaciones de regasificación

Las instalaciones sometidas a régimen retributivo en el caso de la actividad de regasificación, según el artículo 2 de la Orden ITC/3994/2006, comprenden: «a) La obra civil portuaria y terrestre. b) Los tanques de almacenamiento de GNL, integrados en la red básica de gas natural. c) las instalaciones de vaporización, junto con los gasoductos de conexión con la red de transporte. d) Cargaderos de cisternas en caso de que existan». Asimismo, se consideran incluidos todos aquellos activos de comunicaciones, protecciones, control, servicios auxiliares, terrenos, edificaciones y demás elementos auxiliares necesarios para el adecuado funcionamiento de las instalaciones de regasificación.

c. Instalaciones de almacenamiento

Aunque en las Órdenes anteriores se incluían entre las instalaciones de almacenamiento: las instalaciones de inyección, la infraestructura subterránea de almacenamiento, las

instalaciones de extracción y en su caso, las instalaciones de tratamiento de gas, la Orden ITC/3995/2006, no hace referencia expresa al tipo de instalaciones de almacenamiento que se incluyen en el régimen retributivo, en su lugar, el Anexo I de la misma Orden, especifica una lista de elementos de inversión susceptibles de ser reconocidos como instalaciones afectas a almacenamientos subterráneos. Recuérdese por otra parte, que de conformidad con la DA cuarta de la Ley 12/2007, los únicos dos almacenamientos subterráneos incluidos en la red básica del SG son «Serrablo» y Gaviota».

No obstante lo anterior, dada la relevancia de este tipo de instalaciones en el funcionamiento del sistema y en el mantenimiento de existencias mínimas estratégicas, la Orden ITC/3995/2006, dispone la posibilidad de solicitar el reconocimiento de inversiones en investigación y exploración realizadas por el titular de una concesión de explotación de almacenamiento subterráneo, en un periodo temporal que cubre desde los cinco años anteriores a la fecha de entrada en vigor de la concesión respectiva, en función de los costes auditados y no como se venía haciendo de los costes unitarios.

C. Supuesto de apertura de nuevas instalaciones de regasificación, almacenamiento y transporte. Procedimiento de concurrencia o adjudicación directa.

La regulación también distingue entre varios supuestos a la hora de realizar el cálculo de las retribuciones y en atención al tipo de instalación de que se trate. De manera que, deben considerarse ciertas circunstancias específicas, ya que su cálculo variará según se trate de una instalación nueva, de su ampliación o del cierre de la misma y, a su vez dependerá de que éstas hayan sido adjudicadas conforme al procedimiento de concurrencia o de forma directa, tema objeto de estudio de los siguientes epígrafes.

Para el cálculo de la retribución en el caso de apertura de nuevas instalaciones, el artículo 17 del RD ATRSEI, establece dos supuestos según sea el procedimiento utilizado para la autorización de las instalaciones: de forma directa o por concurrencia. Al respecto, debe señalarse que la asignación de instalaciones a través de uno u otro procedimiento tiene, o debería tener, mucha relevancia a efecto del cálculo de los costes, puesto que la transparencia en la asignación de éstos debería ser mayor cuando

se asigna a través de un procedimiento de concurrencia⁸³¹, sin embargo, el procedimiento más utilizado es la asignación directa. Por otro lado, debe matizarse esta cuestión en razón de la necesidad para el funcionamiento del sistema puesta de manifiesto en los documentos de planificación obligatoria, dado el carácter «urgente» de la construcción de las instalaciones, aunque no por ello debe justificarse.

Si la instalación nueva se adjudicó mediante el procedimiento de concurrencia la retribución correspondiente se calculará conforme a las condiciones de adjudicación del concurso (art. 4 Orden ITC/3993/2006). Este supuesto no ha sido más desarrollado, puesto que no se ha dado en la práctica. Su redacción se ha mantenido desde la primera Orden Ministerial de 2002.

En el caso de que la instalación se haya autorizado de forma directa y con posterioridad a la fecha de entrada en vigor del RD ATRSEI, en general, se calcula a partir de los valores unitarios de inversión, de operación y parámetros fijados por el MITC, previo informe de la CNE, con criterios transparentes, objetivos y no discriminatorios⁸³². Se debe precisar una valoración específica para aquellas instalaciones que posean características técnicas singulares, así como para las inversiones que impliquen modificaciones en las instalaciones existentes, siempre que éstas supongan un aumento de capacidad de esa instalación⁸³³ (art. 17 RD ATRSEI).

En cualquiera de los casos señalados anteriormente, el titular de la instalación, puede solicitar a la DGPEM la inclusión de la instalación en el régimen retributivo, que debe resolver la petición, previo informe de la CNE y del GrTS. En la resolución respectiva

⁸³¹ De ahí que la CNE haya recomendado en su Informe 2/2002, «que en la medida de lo posible y con las salvedades que por razones de urgencia (...) las nuevas inversiones se adjudiquen a través del procedimiento de concurrencia, ya que asegura la transparencia y eficiencia de costes en las inversiones» p. 38 y 74. Pese a ello, según consta en los informes de la CNE, durante el año 2003 y 2004, «sólo existen instalaciones autorizadas por el procedimiento de autorización directa», Informe 2/2003, p. 10; y en el mismo sentido, Informe 2/2004, p. 14. Lo mismo parece observarse durante el año 2005.

⁸³² La Orden ITC/4099/2005, en su artículo 5, determina la correspondiente fórmula de cálculo. Esta fórmula no ha variado con respecto a lo establecido en la ECO/301/2002, de 15 de febrero.

⁸³³ El Anexo II de la Orden ITC/4099/2005, establece los valores unitarios de referencia para las nuevas inversiones de regasificación, almacenamiento y transporte autorizadas de forma directa y el anexo 3 el cálculo de la retribución de las nuevas inversiones de regasificación, almacenamiento y transporte autorizadas de forma directa.

debe indicar los costes reconocidos y la fecha de inclusión. Para ello, el interesado debe presentar la correspondiente solicitud según se trate de instalaciones de regasificación o transporte. En ambos casos, los costes deben presentarse debidamente auditados.

Por otra parte, las observaciones realizadas por la CNE, en cuanto a la carencia del procedimiento establecido en la Orden ECO/301/2002, de ciertas especificaciones relativas tanto a la documentación que debe presentarse, como a los requisitos que debe cumplir ésta, a efecto de realizar un cálculo más cercano a la realidad de los costes del sistema, ha llevado a la inclusión en la normativa que regula dichos aspectos de determinados requisitos, los cuales se detallan a continuación, para cada una de las instalaciones⁸³⁴.

a. Instalaciones de Transporte

Tratándose de una instalación de transporte, junto con la solicitud, deben presentarse los siguientes documentos: las características técnicas de la instalación; la inversión realizada, desglosado por conceptos de coste para cada gasoducto, estación de compresión e instalación de regulación y medida; el acta de puesta en servicio definitiva; la declaración expresa de ayudas o aportaciones de fondos públicos concedidos o medidas de efecto equivalente (art. 8 Orden ITC/3993/2006⁸³⁵).

Si las instalaciones han sido autorizadas de forma directa, la DGPEM, previo informe del GrTS y de la CNE, debe resolver expresamente sobre su inclusión en el sistema retributivo (art. 2.4 Orden ITC/3993/2006).

⁸³⁴ Según señala la CNE: «Así, por ejemplo, en relación con las infraestructuras valoradas en función de los costes unitarios, no se incluía en la solicitud de documentación auditada de los parámetros técnicos que son la base del cálculo de la retribución, como por ejemplo la longitud final construida en el caso de los gasoductos. Esa carencia de información auditada era mucho más importante en el caso de las instalaciones portuarias y terrestres de las plantas de regasificación, donde las inversiones realizadas tienen una cuantía muy elevada», Informe CNE 2/2004, de 8 de enero, p. 18.

⁸³⁵ La CNE había puesto de manifiesto desde 2002, la falta de claridad en cuanto a si las subvenciones se han descontado, total o parcialmente, al calcular las inversiones realizadas, lo cual debería hacerse explícito. Informe CNE 2/2004, de 8 de enero, p. 19. La Orden ITC/31/2004, introdujo esa norma y las Órdenes posteriores han mantenido estos requisitos.

Con respecto a la forma de cálculo, la Orden ITC/3993/2006 establece cuáles instalaciones se incluyen en el régimen retributivo y las que quedan excluidas, y qué incluyen los valores unitarios en el caso de las ERM. Además, define qué se entiende por “valor de la inversión en gasoductos”, y señala que, la fecha de inclusión de una instalación en el régimen económico será la correspondiente a la del acta de puesta en servicio definitiva.

b. Instalaciones de regasificación

En el caso de instalaciones de regasificación, la solicitud debe ir acompañada de la documentación que acredite: las características técnicas de la instalación; la inversión realizada desglosada por conceptos de coste en cada uno de los tanques de almacenamiento, incluyendo la obra civil y las instalaciones necesarias para la descarga y conducción de GNL hasta los tanques y de éstos a los vaporizadores, incluidas las instalaciones de seguridad relacionadas con la antorcha; las instalaciones de regasificación, que incluirán los vaporizadores y todas las instalaciones necesarias entre la entrada del vaporizador y la válvula de conexión con la red de transporte; la obra civil portuaria y terrestre, que comprende todas las obras civiles para el acondicionamiento de los terrenos, atraque, puerto, emisión y captación de agua, etc. Exceptuando la obra civil para las instalaciones de regasificación y tanques de almacenamiento, cargaderos de cisternas de GNL. Adicionalmente, deben presentar el acta de puesta en servicio definitiva y el certificado de explotación comercial, que recoge la capacidad de emisión y la capacidad útil de los tanques de GNL, ambos documentos deben estar expedidos por la Administración competente; y, la declaración expresa de ayudas y fondos públicos o medidas de efecto equivalente (art. 5 Orden /3994/2006).

c. Almacenamientos subterráneos incluidos en la red básica

En el caso específico del cálculo de la retribución los almacenamientos subterráneos de GN, la Orden ECO/31/2004, introdujo importantes cambios, puesto que la normativa anterior no contenía los criterios para la determinación del coste total acreditado para

este tipo de instalaciones⁸³⁶. Al respecto, la citada Orden señala que éste debe recogerse en la concesión de explotación respectiva, según lo establecido en el Capítulo III del título II de la LSH⁸³⁷. La DGPEM, previo informe de la CNE y del GrTS, mediante resolución debe fijar la fecha de inclusión en el régimen económico y determinar los valores concretos del coste acreditado. A efectos de la aplicación de la fórmula de cálculo de los valores acreditados deben tomarse en consideración los siguientes aspectos: «La inversión definitiva será la realmente realizada para el desarrollo de la explotación del almacenamiento, con posterioridad al otorgamiento de la concesión administrativa de explotación y deberá justificarse con la correspondiente auditoria». Además, el titular de la instalación, puede solicitar que se le reconozcan como inversión en investigación y explotación, las inversiones realizadas en los cinco años anteriores a la fecha de otorgamiento de la concesión, pero en ningún caso podrán exceder el 50% de la inversión definitiva reconocida y al igual que ésta, deberán justificarse con la respectiva auditoria (art. 4 Orden ITC/3995/2006).

Por otra parte, a petición del titular de la concesión, podrá fijarse un régimen económico provisional para el período comprendido entre el otorgamiento de la concesión y la fecha de acta de puesta en servicio definitiva, sin que supere los tres años. En cuyo caso, se reconocerán las inversiones realmente realizadas y unos costes de operación en función de la utilización del almacenamiento. La vida útil de estas instalaciones se fija en 20 años y la tasa de retribución será igual a la que corresponda a las instalaciones de transporte. Los costes de explotación constan de dos términos uno fijo, y uno variable, en función del gas inyectado o extraído. La parte fija no será superior al 50% de los

⁸³⁶ En este sentido, la CNE afirmó que: «considera positivo la creación de un sistema de retribución estable para los almacenamientos subterráneos, pues favorece la inversión en un tipo de instalación en el que el sistema gasista español es claramente deficitario. Así, el proyecto de Orden mantiene la singularidad de la instalación, pero concreta el mecanismo de reconocimiento de costes, que no garantiza cualquier inversión en prospecciones, sino sólo aquellas de los promotores que logran finalmente poner en servicio un almacenamiento en un período de tiempo razonable», Informe 36/2006 de la CNE sobre la propuesta de orden por la que se establece la retribución de los almacenamientos subterráneos de gas natural incluidos en la red básica para el año 2007, de 21 de diciembre, p. 21-22.

⁸³⁷ El capítulo III del Título II de la LSH lleva por rúbrica, «de la Explotación». Abarca los artículos 24 a 29 y establece todo lo relativo a los requisitos subjetivos y objetivos de la solicitud de explotación así como las regulaciones sobre las prórrogas y reversión de las instalaciones.

costes totales de la explotación (Art. 14 Orden ECO/31/2004 y art. 16 Orden ITC/4099/2005).

d. Instalaciones con características técnicas especiales

La calificación de una instalación como de «características técnicas especiales» debe solicitarse junto con la autorización administrativa previa, que debe recoger los criterios para su valoración, los cuales deben ser estrictamente técnicos, nunca por razones económicas. En estos casos «el valor de la inversión para el cálculo del coste acreditado será el que corresponda a la inversión realmente efectuada que deberá acreditarse con la correspondiente auditoria. Asimismo, los costes de explotación deberán justificarse con base en criterios y parámetros comúnmente aplicados en las instalaciones de características similares» (art. 10 Orden ITC/3993/2006, art. 12 Orden ECO/31/2004 y Orden ITC/4099/2005).

El reconocimiento de estas inversiones debe ser aprobado por Orden del ministro del MITC previo acuerdo de la CDGAE que declare y justifique el carácter singular de la inversión (art. 10.2 Orden ITC/3993/2006 en su redacción dada por la Orden ITC/3863/2007⁸³⁸). El reconocimiento se debe hacer teniendo en cuenta la rentabilidad de la carta de los activos incluidos en la cartera del solicitante.

D. Supuesto de modificación de instalaciones existentes. Ampliación de la instalación.

Para que la modificación de una instalación existente pueda considerarse dentro de este supuesto debe suponer un aumento de capacidad de transporte, es decir, una ampliación de la instalación. En estos casos, el valor de la inversión será el que corresponda a la inversión realmente efectuada, que debe justificarse a través de la correspondiente auditoria y que no puede superar un valor unitario establecido en la misma Orden (art. 10 Orden ITC/3993/2006).

⁸³⁸ En la regulación aplicable a 2007, se incluía un informe previo de la CNE que se ha eliminado de la regulación aplicable a 2008.

En el caso de una instalación de regasificación también debe suponer un aumento de la capacidad de vaporización, almacenamiento de GNL, carga de cisternas o descarga de buques de esa instalación; el valor reconocido de la inversión es el que resulta de aplicar la regulación establecida para el reconocimiento de las inversiones (art. 7 Orden ITC/3994/2006).

En relación con las instalaciones de almacenamiento subterráneo no se especifica nada sobre este tema.

E. Supuestos de cierre o finalización de su vida útil de instalaciones de transporte.

Cuando se trate del cierre de una instalación de transporte -excluidas las de regasificación y almacenamiento subterráneo-, se considera la fecha del mismo para restar la parte proporcional correspondiente a la cantidad que se haya considerado para la retribución de ésta en el año de cierre. Todo ello sin perjuicio de los costes netos de desmantelamiento o abandono que se reconozcan (art. 18 RD ATRSEI). Para el caso de las instalaciones otorgadas mediante el procedimiento de concurrencia, se deduce en la retribución, calculando los costes correspondientes a dichas instalaciones conforme a las bases de adjudicación del concurso. Cuando las instalaciones han finalizado su vida útil pero continúan operativas, a efectos de su retribución, se consideran, exclusivamente, como costes acreditados de la instalación, el coste de explotación más el 50% de los costes de retribución de la inversión⁸³⁹, calculados según los procedimientos establecidos en la misma Orden (art. 6 Orden ITC/3993/2006).

⁸³⁹ De acuerdo con las recomendaciones de la CNE, «debe analizarse la racionalidad» de dicho porcentaje del 50%, pues si bien «la percepción de ingresos de las instalaciones es necesaria para incentivar su mantenimiento y funcionamiento, pues la construcción de nuevas instalaciones supondría una carga superior al sistema gasista. No obstante, dado que la tasa de retribución es elevada considerando las características del riesgo asumido por los inversores que tienen garantizada su retribución a lo largo de la vida del proyecto, debería analizarse la razonabilidad de este porcentaje en términos de la rentabilidad del proyecto, y conforme a una comparación internacional “benchmarking”, ya que, a priori parece una retribución elevada», Informe CNE 2/2004, de 8 de enero, p. 16-17. La CNE reitera esta opinión en su informe 25/2005, de 22 de diciembre de 2005, p. 28, sin que se observe ningún cambio en la regulación.

F. Retribución a los transportistas por la actividad de gestión de compra-venta de gas destinada al mercado a tarifas.

En cuanto a la retribución a las empresas transportistas por la actividad de gestión de compra-venta de gas para el suministro a las compañías distribuidoras que lo destinen a la venta del mercado a tarifa, el artículo 19 del RD ATRSEI, dispone que se realizará para el conjunto de la actividad, atendiendo a los siguientes aspectos: costes de aprovisionamientos, transportes exteriores, fletes, mermas y explotación, así como los costes necesarios para desarrollarla. Esta retribución tiene carácter anual.

Más concretamente, de acuerdo con la fórmula establecida en el artículo 15 de la Orden ITC/3993/2006, para el cálculo de la retribución anual de esta actividad se consideran: el coste total específico de la compra-venta de gas, el coste total de las mermas en la regasificación, almacenamiento y transporte⁸⁴⁰; y, el coste específico de la financiación de las existencias de gas⁸⁴¹. En todos los casos, respecto del gas destinado al mercado a tarifas.

Inicialmente, la Orden ECO/301/2002 había dispuesto que el Ministro de Economía determinaría la retribución correspondiente como en el caso de las otras actividades, no obstante, a partir de la Orden ECO/31/2004, la liquidación de esta actividad se lleva a cabo con arreglo a lo establecido en la Orden ECO/2692/2002, que regula los procedimientos de liquidación de las actividades reguladas del sector, según se estudiará más adelante.

⁸⁴⁰ Este coste tiene por objeto cubrir las pérdidas de gas con motivo de los autoconsumos, fugas o venteos de gas en las infraestructuras y se valoran con el coste medio de la materia prima. Con respecto a este concepto, la CNE en su Informe 2/2004 de 8 de enero, incide en la recomendación (realizada en los informes 2/2002, de 7 de febrero, p. 50 y 1/2003, de 10 de enero de 2003, p. 19), de «determinar los porcentajes de mermas de gas en la regasificación, almacenamiento y transporte sobre la base de mediciones reales, y de revisarlos periódicamente para recoger las mejoras tecnológicas del sector, introduciendo factores que primen a los transportistas más eficientes». Además, señala, en el mismo informe que: «En la actualidad se está poniendo de manifiesto que las mermas reales en transporte superan las mermas máximas establecidas para el mercado a tarifa. A través de la base de datos de liquidaciones se ha calculado que para el año 2002, las mermas reales habidas en las redes de transporte superan las mermas teóricas...» pp. 32-33.

⁸⁴¹ Este coste está referido a las existencias de gas inmovilizadas en el sistema con el objetivo de cumplir con las exigencias regulatorias y las necesidades operativas del sistema. Informe 2/2002, de 7 de febrero, p. 50.

Esta actividad debe desaparecer a partir del 1 de julio de 2008. Al respecto la DA tercera de la Orden ITC/3861/2007 prevé la realización de un balance de las operaciones de cesión de gas para suministro regulado, a partir del cual el MITC previo acuerdo de la CDGAE, determinará la aplicación que deberá darse a los saldos resultantes⁸⁴².

G. Retribución de las estaciones de regulación y medida (ERM).

La definición de la valoración de la inversión en estaciones de medida y estaciones de regulación consideradas de forma separada, no como hasta ahora, conjuntamente de regulación y medida; y las bases para su retribución se introdujeron por la Orden ITC/102/2005. Dicha regulación se mantiene en el artículo 12 de la Orden ITC/3993/2006, que la sustituye. Esta normativa determina las características de las instalaciones que se incluyen en la retribución, señalando expresamente que las instalaciones que no se ajusten a ellas se retribuirán según los costes reales auditados.

H. Retribución del servicio de trasvase de GNL a buques y de buque a buque.

A efecto de regular la retribución de esta actividad, mediante la DT única de la Orden ITC/102/2005, se encargó a la CNE la elaboración de una propuesta⁸⁴³. Entretanto, la disposición citada establece que «recibirán una retribución equivalente a la que se encuentre en vigor como retribución variable de regasificación» y para la retribución del trasvase de buque a buque, «el 80 % de dicho valor». La CNE formuló su informe⁸⁴⁴, el cual se reflejó en los artículos 3 y 15 de la Orden ITC/4099/2005 que integra en el articulado de la citada Orden la regulación de dicha actividad conservando, básicamente, lo que se había estipulado en la DT única transcrita.

⁸⁴² La redacción de esta DA contiene un error que dificulta la comprensión de la norma. El texto literal de su primer párrafo es el siguiente: «Una vez finalizado el periodo transitorio establecido en la disposición adicional primera, el Ministerio de Industria Turismo y Comercio a la Comisión Delegada para Asuntos Económicos del balance de las operaciones de cesión de gas natural a las empresas transportistas para el suministro regulado desde el 1 de enero de 2005 hasta el 1 de enero de 2008».

⁸⁴³ Dicha propuesta ha sido presentada, con fecha de 26 de enero de 2006 y aplicada en la Orden ITC/3993/2006.

⁸⁴⁴ «Informe sobre propuesta de peaje para el servicio de carga de GNL a buque desde la planta de regasificación», de 1 de diciembre de 2005.

El artículo 8 la Orden ITC/3994/2006 establece que los servicios de carga de GNL a buques desde plantas de regasificación, o de puesta en frío de los barcos «serán retribuidos en función de los valores unitarios de referencia de los costes de operación y mantenimiento variables de las instalaciones de regasificación autorizadas en forma directa» que se fijan en el anexo III de la misma Orden.

I. Retribución del Gestor Técnico del Sistema

Con respecto al GrTS, al igual que para los demás sujetos que llevan a cabo actividades reguladas en el sector, la LSH en su artículo 64.2, establece que sus actividades «serán retribuidas adecuadamente». Pese a la importancia, puesta de relieve por la CNE⁸⁴⁵, sobre la oportunidad de fijar estándares de calidad en los sistemas de información que emplea el GrTS, especialmente considerando la futura integración del sistema al ámbito comunitario Europeo, el artículo 23 del RD ATRSEI estableció llanamente que la realización del cálculo de esta retribución «se realizará tomando en consideración los costes de operación, comunicación y control, así como otros *costes necesarios para el desarrollo de la actividad*». Por su parte, las órdenes ministeriales han adicionado: «así como otros costes que, *a su criterio*, estime necesarios para el desarrollo de su actividad...» (art. 23 ITC/3993/2006⁸⁴⁶).

En el estado de la regulación actual, el cálculo de la retribución del GrTS, podría considerarse poco transparente, en especial si se observa que, ante la falta de especificación de la norma, el órgano regulador puede no contar con la información suficiente para examinar la adecuación real de dicha retribución y en su caso, tomar las medidas pertinentes⁸⁴⁷.

⁸⁴⁵ Vid., «Informe 8/2001 sobre el proyecto de Real Decreto por el que se regula el acceso de terceros a las instalaciones gasistas y se establece un sistema económico integrado del sector del gas natural» aprobado en sesión de 27 de abril de 2001.

⁸⁴⁶ Esta redacción proviene de la Orden ECO/301/2002 y no ha sido objeto de modificaciones.

⁸⁴⁷ Tal y como se refleja en los informes a las órdenes ministeriales que han fijado las retribuciones en los años 2002, 2003, 2004 y 2005. En estos informes la CNE ha manifestado su imposibilidad «de valorar ni analizar la justificación de las necesidades que derivan en el aumento de la retribución en cuestión». Aunque es necesario aclarar que la CNE señala que se debe a que el detalle de la actividad no ha sido incluido en la Memoria de la propuesta de Orden, que le ha remitido el MITC, lo cual puede significar

3. Retribución a los distribuidores

En términos similares a lo establecido para los transportistas, de acuerdo con el artículo 75 a) de la LSH –según la nueva numeración dada por el artículo único.22 de la Ley 12/2007-, los distribuidores tienen derecho a la retribución por el ejercicio de sus actividades dentro del sistema gasista. Para el caso de su actividad de suministro, pese a la separación que realiza entre ambas actividades, no se encuentra en la LSH una norma que expresamente señale la retribución a los distribuidores por esta actividad, -vuelven a fundirse-. No obstante lo cual, el artículo 22.1 del RD ATRSEI, sí hace alusión expresa a dicha retribución: «Las empresas distribuidoras tendrán derecho al reconocimiento de una retribución por la actividad de suministro de gas a tarifa». En el cálculo de la retribución de la distribución y suministro se reflejan las dificultades señaladas en el capítulo anterior con respecto a la delimitación de estas actividades y es especialmente importante por que las actividades reguladas no deben absorber costes de la comercialización.

Inicialmente, al igual que en el caso del transporte, hubo de llevarse a cabo la valoración de los activos en distribución y de sus costes de explotación para precisar los costes acreditados. Así como, la determinación de las instalaciones que se consideran como activos únicamente de la distribución o que son compartidos por ambas actividades. A partir de dicha valoración se realizará actualización anual. El primer obstáculo surgió en el momento de realizar la valoración de los activos de las empresas dedicados a la actividad de distribución, a efectos de establecer la retribución, puesto que algunos de ellos, claro es, se utilizan también para realizar el suministro y por lo tanto, no eran fácilmente distinguibles.

que no ha sido enviada por ENAGAS. Informe 2/2002 sobre la «propuesta de orden por la que se establece la retribución de las actividades reguladas del sector gasista, Informe 2/2004 sobre la propuesta de Orden por la que se establece la retribución de las actividades reguladas del sector gasista para el año 2004» p. 35, de 8 de enero de 2004 y, en términos similares, «Informe 2/2003 de la Comisión Nacional de Energía por la que se actualiza la retribución de las actividades reguladas del sector gasista para el año 2003» p. 20, de 10 de enero de 2003. En 2005, aunque la CNE aprecia una mejora en la calidad de la información aportada, la relativa al GrTS, sigue siendo insuficiente. Informe 25/2005, de 22 de diciembre de 2005, p. 12. En su informe para el año 2007, la CNE, no realiza ya ningún comentario sobre este tema. Informe 35/2006 sobre la propuesta de Orden por la que se establece la retribución de las actividades reguladas del sector gasista para el año 2007, de 21 de diciembre, pp. 40-41.

A. Retribución por la actividad de distribución. Criterios para su fijación.

A los efectos de su fijación, según el artículo 20 del RD ATRSEI, quedan incluidos como costes de la actividad de distribución aquellos en que se incurra para efectuar el desarrollo, operación y mantenimiento de las instalaciones destinadas a situar el gas en los puntos de consumo. Dichas instalaciones comprenden, además de la red de gasoductos de distribución establecida en la LSH, según adiciona el citado RD ATRSEI las denominadas plantas satélites y todos aquellos activos de la red de comunicaciones, protecciones, control, servicios auxiliares, terrenos, edificaciones y demás elementos auxiliares necesarios para su adecuado funcionamiento. Quedan excluidas las instalaciones de consumidores para su uso exclusivo y, las líneas directas (art. 20 Orden ITC/3993/2006).

A diferencia de las instalaciones de transporte, en el caso de la distribución la retribución se establece para el conjunto de las instalaciones de cada empresa distribuidora, excluidas las acometidas, según los criterios siguientes: el consumo y el volumen del gas vehiculado; las inversiones y amortizaciones realizadas en instalaciones de distribución; los costes de operación y mantenimiento, para lo cual se tendrán en cuenta los costes de los últimos ejercicios aplicando criterios de mejora y eficiencia; las características de las zonas de distribución: tales como longitud y presiones de la red, el número de consumidores suministrados y características del área suministrada; la seguridad y calidad del servicio; y, «otros costes necesarios para el desarrollo de la actividad» (art. 20.2 RD ATRSEI 2 y art. 20 ITC/3993/2006).

Aunque con la letra a) se hace referencia al gas vehiculado, la CNE ha señalado que «el modelo propuesto adolece entre otros inconvenientes», del hecho de que el sistema no retribuye a las distribuidoras por el gas vehiculado para un tercer distribuidor, lo que en la práctica dificulta la interconexión de redes de distintos distribuidores, sin embargo, la regulación continúa sin corregirse. Tampoco resuelve lo relativo al incentivo para las inversiones directas en mejoras de la seguridad y de la calidad del suministro de gas⁸⁴⁸.

⁸⁴⁸ Informe 25/2005, de 22 de diciembre de 2005, p. 32. Estas carencias las ha venido planteando la CNE en sus informes a las propuestas de OM para la retribución de las actividades del sector desde el año 2002

La retribución para cada empresa tiene un término fijo y podrá contener un término variable, en función de la utilización de la instalación. La retribución global de la actividad se calcula anualmente «con una actualización en función del IPH y considerando el crecimiento de la actividad afectada de unos factores de eficiencia» de acuerdo con la fórmula establecida en la propia Orden⁸⁴⁹ (art. 20.3 RD ATRSEI y art. 22 Orden ITC/4099/2005).

Por otra parte, como se recordará, las redes de distribución pueden comprender además de los gasoductos «con presión máxima de diseño igual o inferior a 16 bares aquellos otros que, *con independencia de su presión máxima de diseño*, tengan por objeto conducir el gas a un único consumidor partiendo de un gasoducto de la red básica». De ahí que, el cálculo de la retribución de esta actividad se haga según la presión de conexión de los clientes, distinguiendo entre segmentos de presión inferior a 4 bares y superior a 4 bares. Sin embargo, el coste acreditado por esta actividad se ha expresado mediante un importe global que no distingue entre la retribución de uno y otro segmento. No sucede lo mismo cuando se repercuten los costes de esta actividad en las tarifas y los peajes. De ahí que, la CNE haya señalado que ello puede dar lugar a subvenciones cruzadas entre los distintos tipos de consumidores, por lo que recomienda distinguir las redes según el nivel de presión del suministro, en la actualización de la retribución de esta actividad «con el fin de dotar de mayor transparencia a la imputación de los costes de distribución en las tarifas y peajes por grupos de consumidores según su nivel de presión de conexión, permitiendo de esta forma construir las tarifas y peajes por agregación de sus costes.»⁸⁵⁰ Y en este mismo sentido señala que debe incluirse un

en su informe 2/2002, de 7 de febrero, p. 77; y sucesivamente, en los informes 2/2003, de 16 de enero, p. 15, 2/2004, de 8 de enero, p. 25-26 y 2/2005 de 11 de enero.

⁸⁴⁹ La fórmula de cálculo se estableció originalmente en el artículo 11 de la Orden ECO/301/2002 y se mantiene en el artículo 18 de la Orden ECO/31/2004, aunque se ha introducido un procedimiento de detalle para la actualización de la retribución, que incluye un mecanismo para corregir las retribuciones de cada distribuidor por el efecto de las desviaciones que pudiera haber entre los crecimientos reales de la demanda y del número de consumidores sobre las previsiones de crecimiento empleadas en el año anterior. Al respecto, informe 2/2004, de 8 de enero, p. 25. La fórmula continúa vigente, según se desprende del artículo 18 de la Orden ITC/3993/2006.

⁸⁵⁰ Informe CNE, 5/2003, de 10 de enero, p. 16.

modelo retributivo para la distribución que se realiza a través de gasoductos de presión superior a 60 bares⁸⁵¹.

Por otra parte, el artículo 20 del RD ATRSEI otorga la potestad MITC, previo informe de la CNE, para establecer las fórmulas para la actualización anual de la retribución⁸⁵² a las empresas distribuidoras con base en la «variación de las principales magnitudes económicas, un reparto equitativo entre usuarios y distribuidores de las variaciones en la productividad de la actividad, el esfuerzo inversor de la empresa, el coeficiente de expansión de la red, la variación de la demanda, la eficiencia y los mecanismos pertinentes para incentivar la mejora de la calidad del servicio», así como, la consecución de reducciones adicionales de pérdidas de gas respecto a las que sean predeterminadas, «tomando en consideración las cantidades que a estos efectos se determinen en la norma por la que se aprueban las tarifas de gas de cada año» (art. 17 Orden ITC/3993/2006). Esta obligación del MITC, estipulada desde la primera OM que fijó la retribución de las actividades⁸⁵³ en el marco del SEI, se efectuó finalmente en la Orden ITC/102/2005 y se reitera con algunas modificaciones en la Orden ITC/3993/2006.

Antes del 1 de enero de cada año, el MITC debe fijar la retribución que corresponde a cada empresa distribuidora o grupo de empresas. La agregación total anual de los costes acreditados por la actividad de distribución correspondiente a cada empresa o grupo de empresas, determina la retribución total de la actividad de distribución⁸⁵⁴ (art. 21 RD ATRSEI y art. 18.6 OM ITC/3993/2006).

⁸⁵¹ Informe 2/2004, de 8 de enero, p. 30 y el Informe 25/2005, de 22 de diciembre, pp. 37-38.

⁸⁵² Dichas fórmulas no fueron establecidas sino hasta la Orden ECO/31/2004, cuyo artículo 20 las contiene y que se han mantenido en el artículo 18 de la Orden ITC/3993/2006.

⁸⁵³ El artículo 11.1 de la Orden ECO/301/2002, contenía esta obligación: «Se establecerá por el MITC, previo informe de la Comisión Nacional de la Energía, un mecanismo para incentivar la mejora de la calidad del suministro...».

⁸⁵⁴ La Orden ECO/31/2004, en su artículo 20, establece la fórmula de cálculo de la retribución global de la actividad de distribución, que sirve de base para el cálculo de la retribución que corresponde a cada empresa. Asimismo, en su Anexo V, establece la retribución global de los costes totales de distribución para el año 2002, así como la de cada empresa que realiza dicha actividad.

La Orden ITC/3863/2007, aplicable a 2008, ha añadido un punto 8 al artículo 18 de la Orden ITC/3993/2006, en el que establece los valores provisionales que se utilizarán para el cálculo de esta retribución a partir del 1 de enero de 2008.

B. Inclusión de nuevas empresas en el régimen de retribución

En lo que se refiere a la inclusión de nuevas empresas de distribución en el régimen económico, el artículo 19 de la Orden ITC/3993/2006 ha establecido un procedimiento según el cual debe presentarse una solicitud ante la DGPEM, que resolverá sobre la petición indicando la fecha de inclusión en el mismo y la retribución anual que le será reconocida⁸⁵⁵. La solicitud debe ir acompañada de: «1. Memoria de actividad en la que se hará constar la previsión de clientes y consumos en los primeros cinco años de funcionamiento, plan de inversiones, zona geográfica de actuación (superficie y número de habitantes) y cuenta de resultados provisional. 2. Resolución de autorización administrativa. 3. Actas de puesta en servicio o certificación de la Comunidad Autónoma correspondiente de puesta en gas de las instalaciones».

C. Retribución específica para mercados emergentes o aislados . Requisitos y condiciones

Por otra parte, en el marco de la Directiva 2003/55/CE⁸⁵⁶, la LSH introduce la regulación específica para determinar los supuestos y las condiciones con base en las

⁸⁵⁵ «El tratamiento económico que se establece no supone que el sistema gasista vaya a soportar un coste adicional por la incorporación de nuevas empresas distribuidoras, aspecto que se valora positivamente, ya que la retribución a la nueva empresa sigue el tratamiento retributivo general que se da por la captación de nuevos consumidores o volúmenes de gas (...) En todo caso esta medida es no discriminatoria con respecto al crecimiento de la actividad de distribución» Informe CNE 2/2004, p. 28.

⁸⁵⁶ El artículo 28.4 de la Directiva 2003/55/CE, referido a los mercados emergentes y aislados, dice literalmente: «Si la aplicación de la presente Directiva pudiera causar problemas importantes en una zona geográficamente limitada de un Estado miembro, en particular por lo que se refiere al desarrollo de la infraestructura de transporte y a infraestructuras importantes de distribución, y con el objeto de fomentar las inversiones, los Estados miembros podrán solicitar a la Comisión que establezca una excepción temporal al (...) apartado 5 del artículo 12 (...) con el fin de mejorar la situación en dicha zona». Por su parte, el apartado 5 del artículo 12 referido dispone que: «En caso de que los gestores de redes de distribución se encarguen de garantizar el equilibrio de la red de distribución de gas, las normas por ellos adoptadas a tal fin deberán ser objetivas, transparentes y no discriminatorias, incluidas las normas de cobro a los usuarios de la red en caso de desequilibrio energético. Las condiciones incluidas, las normas y tarifas, aplicables por los gestores de red para la prestación de estos servicios se establecerán conforme a un método compatible con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 25, de forma no discriminatoria y que refleje los costes y se publicarán. El artículo 28 en su apartado 5 antes referido, señala los criterios a los

cuales se otorgará una retribución específica a los sujetos cuyas instalaciones permitan el acceso a nuevos núcleos de población de forma que se haga viable el suministro en las zonas por gasificar, esto es, aquellas zonas donde no sería rentable para las empresas instalarse dada la retribución general de la actividad de distribución.

La regulación específica relacionada con este tema se introdujo mediante la Orden ECO/31/2004. En la Orden ITC/4099/2005, no sólo se completa sino que ya se observan los resultados de su aplicación, reconociéndose la retribución específica a 18 municipios (art. 25 OM ITC/4099/2005). Esto resulta de mucha trascendencia considerando que con la sola aplicación de la normativa vigente a la actividad de distribución, probablemente el resultado que se obtendría sería la falta de cobertura del servicio en ciertas zonas del país donde llevar las redes de distribución no resultaría rentable para ninguna empresa, y con ello, la consecuencia añadida del posible perjuicio de los consumidores dado que, además, no se debe considerar simplemente al consumidor doméstico sino la posibilidad del impulso de nuevas actividades económicas a partir del uso de dicha energía.

El encargado de fijar dicha retribución es el MITC, previo informe de la CNE. Esta retribución tiene carácter limitado en el tiempo⁸⁵⁷.

Sin embargo, el desarrollo de esta norma, a través de la Orden Ministerial, ha limitado el supuesto a una situación específica en la que la empresa distribuidora suscribe un convenio con la CA⁸⁵⁸ respectiva, con el propósito de «acometer la gasificación de nuevos núcleos de población que por sus características requieran instalaciones de

que debe atenerse la Comisión, para conceder la excepción solicitada: «-a necesidad de efectuar inversiones en infraestructura que no serían rentables en un mercado competitivo, -el nivel y las perspectivas de amortización de las inversiones necesarias, -el tamaño y el grado de desarrollo de la red de gas en la zona de que se trate, -las perspectivas de futuro del mercado de gas en cuestión, -las dimensiones y características geográficas de la zona o región en cuestión, y factores socioeconómicos y demográficos.»

⁸⁵⁷ De conformidad con el artículo 28 5 b) de la DG «Para las infraestructuras de distribución, podrá concederse una excepción por un plazo que no podrá exceder de 20 años respecto a la infraestructura de distribución a partir del momento en que se suministro gas por primera vez en la zona de la red correspondiente.»

⁸⁵⁸ Las Comunidades de Madrid y Cataluña no se prevé que realicen aportaciones y no existe convenio para Aragón, Canarias y País Vasco. Informe 4/2005, de 11 de enero de 2005.

conexión con la red gasista existente que hagan económicamente inviable el proyecto» (art. 20, Orden ITC/3993/2006 en su redacción dada por la Orden ITC/3863/2007). Ésta puede considerarse, en alguna medida, una vuelta a la participación “activa” de una Administración Pública, no ya a su intervención como reguladora. Por otra parte, cabe cuestionarse si la existencia de un Convenio es un requisito indispensable, que si bien por una parte podría contribuir a mejorar la coordinación entre ambos, puede consistir también un “proceso” más, que debe tenerse en consideración, por el tiempo que puede llevar su negociación, en un contexto en que la agilización de los procedimientos y la vuelta a lo privado debería prevalecer. En cualquier caso, en opinión de la CNE, no parece limitarse a los casos en que haya un convenio previo⁸⁵⁹.

La solicitud de esta retribución específica debe hacerse entre el 1 de enero y el 30 de abril de cada año⁸⁶⁰ ante la DGPEM, aportando la siguiente documentación: descripción técnica de la instalación, presupuesto de inversiones (desglosando la correspondiente a la retribución específica solicitada), puntos de consumo y de demanda prevista para cada nivel de presión, análisis de la inversión del proyecto de gasificación del núcleo de población, cuantificación de la retribución solicitada y convenio con la Comunidad Autónoma. En cualquier caso se debe indicar la aportación de fondos públicos y los análisis se deben hacer con un horizonte temporal de treinta años. La Orden dispone la elaboración, por parte del DGPEM de los formatos estándar para el análisis de inversión y de mercado.

Los convenios suscritos deben especificar: los núcleos de población a gasificar, las instalaciones necesarias, las aportaciones de la CCAA, en su caso, el calendario de ejecución, y la retribución específica necesaria.

La DGPEM, previo informe de la CNE, resolverá conjuntamente las solicitudes, valoradas «en función directa a la aportación comprometida por la Comunidad

⁸⁵⁹ En este sentido, se pronuncia la CNE en su Informe 2/2004, de 8 de enero: «El otorgamiento de la mencionada retribución específica a una distribuidora no debería limitarse exclusivamente a los casos en los que exista un convenio con una Comunidad Autónoma, ya que se considera que es una restricción innecesaria» p. 28.

⁸⁶⁰ Para el año 2004 se presentaron, según consta en el Informe de la CNE, de 11 de enero de 2005, 187 solicitudes de retribución por parte de nueve empresas.

Autónoma y/u otros entes de carácter público, para cada una de ellas. El artículo 20.4 de la Orden establece los criterios a considerar en la asignación de los proyectos (art. 20.4 Orden ITC/3993/2006).

De acuerdo con las modificaciones introducidas a este régimen mediante la Orden ITC/3863/2007, la retribución específica se hará efectiva siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos por la DGPEM que se establecerán mediante resolución. La CNE es la encargada de integrar la retribución específica otorgada en la retribución correspondiente a la empresa solicitante una vez acreditado el cumplimiento de las condiciones establecidas en la citada resolución (art. 20.4 Orden ITC/3993/2006)⁸⁶¹. Se han incluido de esta manera, a partir de 2008, mayores controles en la asignación de estas retribuciones.

D. Retribución al distribuidor por la actividad de suministro del gas a tarifa

Según se señaló al estudiar las actividades, en el marco de la LSH, las empresas distribuidoras también tienen derecho al reconocimiento de la retribución respectiva por el «suministro a tarifa», es decir, la venta de GN a los consumidores en el mercado regulado. Actividad cuya valoración es especialmente importante ya que se trata de un segmento del negocio abierto a la competencia y por lo tanto, es imprescindible que la respectiva separación contable tenga plena vigencia para evitar que los costes de la actividad liberalizada (comercialización) se trasladen a la actividad regulada (suministro a tarifa)⁸⁶². En principio, ésta será la última orden que incluya esta actividad.

Dicha retribución se establece, de acuerdo con el artículo 22 del RD ATRSEI, para el conjunto de la actividad atendiendo a los costes necesarios para desarrollar la misma, aplicando criterios de mejora y eficiencia. La Orden ITC/3993/2006 explicita tres

⁸⁶¹ Hasta 2007, la retribución específica se concretaba en un incremento de la retribución en el año en que se iniciaba el suministro al núcleo de población y, se incluía en el régimen económico del año siguiente al de su puesta en servicio. Con este fin, debían enviar a la DGPEM la respectiva acta de puesta en servicio o certificación de la CA correspondiente de la puesta en gas del núcleo de población.

⁸⁶² En este sentido, Informe de la CNE 2/2002, de 7 de febrero, p. 57.

conceptos de cobro⁸⁶³: los *costes propios* del suministro de este combustible, las mermas de gas en las redes de distribución para atender estos suministros⁸⁶⁴ y el coste del capital circulante derivado de la financiación entre el pago y el cobro de la materia prima.

No están incluidos los que corresponden a los equipos de medida, a las acometidas, a las instalaciones de inspección y a cualquier otro no estrictamente necesario para el suministro a tarifa, los cuales se cobran directamente por los distribuidores a los clientes y no están sujetos al procedimiento de liquidaciones, según se estudiará posteriormente (art. 22 RD ATRSEI; art. 21 y 22 Orden ITC/3993/2006, art. 2, Orden ECO/2692/2002 art. 2).

El MITC, previo informe de la CNE, debe establecer antes del 1 de enero de cada año la retribución que corresponda percibir a las empresas distribuidoras por esta actividad. Al igual que en el caso de la actividad de gestión de compra venta de gas, que realizan los transportistas, esta actividad no es liquidable. En cuanto se refiere al procedimiento de liquidaciones se rige por la Orden ECO/2692/2002, en los términos que se estudiarán posteriormente (art. 22.1 Orden ITC/3993/2006).

E. Régimen de derechos de alta, alquiler de contadores y derechos de acometida

Cuando la actividad de distribución es realizada dentro del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, la LSH dispone que el régimen económico de los derechos de

⁸⁶³ En este sentido, la CNE señaló en su informe a la primera OM que reguló la materia (ECO/301/2002) que se desconocían los criterios para fijar dichos conceptos de cobro: «Los costes reconocidos de la actividad de suministro a tarifa se establecen sin justificar los criterios, a partir del reparto de algunos epígrafes de la inversión en distribución tales como los terrenos, los edificios, mobiliario, equipos y aplicaciones informáticas, etc., y del reparto de los costes de explotación de sociedades distribuidoras. El informe realizado por (firma auditora) asigna un 21,9 % de los costes de estos activos y de los costes de explotación a la actividad de suministro a tarifa, y el resto, un 78,1% a la actividad de distribución.» Informe 2/2002, de 7 de febrero, p. 62. La Orden ECO/31/2004, en su artículo 24 fija la fórmula de cálculo de la retribución que se aplicará mensualmente de acuerdo con el valor que en cada momento tengan las variables incluida en ella.

⁸⁶⁴ En relación con las mermas de gas en las redes de distribución, la CNE ha insistido en la necesidad de que su cálculo «se base en una serie histórica realizada con las mermas reales que el sistema ha venido teniendo en la red española», ello por cuanto «El sistema actual pone de manifiesto que las mermas reales en distribución difieren sensiblemente, según los casos, de las mermas máximas establecidas para el mercado a tarifa» p. 35. Informe CNE, 2/2004, de 8 de enero, p. 34-35.

alta, así como los demás costes derivados de servicios necesarios para atender los requerimientos de suministros de los usuarios debe ser establecidos por éstas⁸⁶⁵ (art. 91.3 LSH). Con respecto a los ingresos correspondientes a los derechos de acometidas, alquiler de contadores y otros costes necesarios vinculados a las instalaciones, la LSH remite a desarrollo reglamentario⁸⁶⁶. No obstante, prescribe que los derechos a pagar por las acometidas «serán establecidos por las Comunidades Autónomas en función del caudal máximo que se solicite y la ubicación del suministro con los límites superior e inferior que el Ministro de Industria, Turismo y Comercio determine» y deben establecerse de manera que aseguren la recuperación de las inversiones realizadas. Los ingresos por este concepto se consideran a todos los efectos retribución de la actividad de distribución (art. 91.2 LSH).

Los ingresos correspondientes a los derechos de acometidas deben ser facturados directamente por las empresas distribuidoras y no se incluyen en los costes reconocidos por la actividad de distribución ni están sujetos al régimen de liquidaciones (RD

⁸⁶⁵ El Decreto 106/2001, de 26 de abril, la Comunidad de Galicia, a través de la Consejería de Industria y Comercio, desarrolló esta normativa. En su parte expositiva se lee: «La finalidad del presente Decreto, con base en lo expuesto, es la de establecer una regulación de los diferentes conceptos por los que las empresas distribuidoras pueden facturar a los usuarios, incluyendo expresamente los derechos de alta correspondientes a los costes derivados de la disponibilidad del servicio, de la contratación y de la inspección previa de las instalaciones receptoras y los derechos de reenganche, generados como consecuencia del corte de suministro por impago del usuario y la posterior puesta en marcha de la instalación. De esta manera se garantiza a los usuarios del servicio el conocimiento de las cantidades máximas por las que las empresas pueden facturar por estos conceptos, evitando situaciones de indefinición normativa y haciendo efectiva una mayor transparencia en lo relacionado con la facturación de las empresas distribuidoras» (DOG, num. 95, de 18 de mayo de 2001). Por su parte, la Consejería de Infraestructura y transporte de la Comunidad Valenciana realizó su desarrollo normativo mediante Decreto 38/2004, de 5 de marzo, (DOGV de 10 de marzo de 2004); y la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa, en el Decreto 441/2004, de 29 de junio, por el que se establece el régimen económico de los derechos de alta y otros costes de los servicios derivados del suministro a percibir por las empresas distribuidoras de gases combustibles por canalización que operen en el territorio de la Comunidad de Andalucía, (BOJA, de 19 de julio de 2004); la de Aragón, lo hace mediante Ordenes anuales, como la de 12 de abril de 2004, del Departamento de Industria, Comercio y Turismo, por la que se dispone la actualización de los derechos de alta y servicios relacionados con el suministro de gas por canalización (BOA núm. 17 de 28 de abril de 2004). La CA de Cantabria emitió a este efecto el Decreto 6/2001, de 26 de enero, (BOC núm. 25 de 5 de febrero de 2001). Castilla y León, lo regula en el Decreto 58/2000, de 16 de marzo (BOCL núm. 57 de 22 de marzo de 2000). La Comunidad Foral de Navarra, mediante Decreto Foral 168/2006, de 25 de mayo, (BON núm. 77 de 28 de mayo de 2006). Finalmente, el País Vasco, mediante Decreto 393/1999, de 2 de noviembre, (BOPV num. 220, de 17 de noviembre de 1999).

⁸⁶⁶ Con respecto a las tarifas de alquiler de contadores, la Orden ECO 302/2002, establece: «se actualizarán simultáneamente con la revisión anual de la tarifa media aplicando la variación porcentual de dicha tarifa excluido el coste de la materia prima.» Las tarifas de alquiler de contadores están establecidos en el Anexo II de esta misma Orden.

ATRSEI art. 20.3). En relación con su actualización, tanto de las tarifas de alquiler como de los derechos de acometida, mediante OM se ha establecido que se llevará a cabo anualmente con la revisión de las tarifas, aplicando determinados parámetros fijados en ellas (arts. 13, 14 y 16 Orden ITC/3992/2005).

a. Derechos de alta y otros servicios

Según lo establecido en el artículo 29 del RLSH los derechos de alta son las percepciones económicas que pueden percibir las empresas distribuidoras de GN al contratar la prestación del servicio de suministro de GN con un nuevo usuario. La empresa distribuidora está obligada a inspeccionar la instalación receptora, una vez recibido el boletín del instalador autorizado y proceder, en su caso, a instalar y precintar el equipo de medida del usuario.

Los derechos de alta son de aplicación a nuevos suministros y a la ampliación de los existentes⁸⁶⁷. Las empresas suministradoras están autorizadas para obtener percepciones económicas para atender los siguientes servicios: el enganche que consiste en la operación de acoplar la instalación receptora de gas a la red de la empresa distribuidora, que debe realizar esta operación bajo su responsabilidad; la verificación de las instalaciones, es decir, la revisión y comprobación de que las mismas se ajustan a las condiciones técnicas y de seguridad reglamentarias. En caso de que una empresa suministradora decida no cobrar derechos por estos conceptos, quedará obligada a aplicar dicha exención a todos los consumidores de su zona de suministro. En aquellos casos en los que sea necesaria la presentación de un boletín de instalador autorizado de gas, bien por ser instalación nueva o por reforma, o si para la ejecución de la instalación

⁸⁶⁷ Con fecha 25 de febrero de 2004, la Audiencia Provincial de Córdoba, condenó a Gas Natural Andalucía a devolver a sus clientes, el importe por derechos de alta cobrados, en un período aproximado de dos años, por considerar que eran nulas por abusivas, las cláusulas relativas a los derechos de alta contenidas en los contratos. Por su parte, la Sala 1ª de lo civil del TS, mediante Auto de 25 de septiembre de 2007, declaró firme la sentencia citada. La empresa comenzó a cobrar los derechos de alta, cuando aún no se había regulado por parte de la CA (que lo hizo mediante D 441/2004 de 29 de junio). Fue el Ayuntamiento de Córdoba el que ejerció una «Acción Colectiva de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios» Según la información publicada en la página del Oficina Municipal de Consumo de Consumo. En el Ayuntamiento se presentaron 800 reclamaciones. <http://consumo.ayuncordoba.es/gas/inicio/resumen-caso.html>

ha sido necesaria la presentación de un proyecto y el certificado final de obra, no procede el cobro por derechos de verificación.

b. Derechos de acometida

Tienen la consideración de derechos de acometida la contraprestación económica por la realización del conjunto de instalaciones y/o operaciones necesarias para atender un nuevo punto de suministro de gas o para la ampliación de la capacidad de uno ya existente. En el caso de rescisión de contrato de suministro, los derechos de acometida⁸⁶⁸ se mantendrán para los puntos de suministro o consumo para la que fueron abonados durante un período de cinco años.

La conexión de una acometida, construida por un tercero a la red de distribución o de transporte, se debe llevar a cabo por la empresa distribuidora o transportista, corriendo por cuenta del solicitante los costes de la mencionada operación. Las cuantías y condiciones de los citados derechos de acometida son los establecidos en el anexo I del RD ATRSEI.

4. Obligaciones de información a efecto de cálculo de la retribución respectiva

Para el respectivo cálculo de la retribución de cada una de las actividades, las «empresas transportistas»⁸⁶⁹ deben facilitar toda la información que les sea requerida por el MITC, específicamente a través de su DGPEM, y a la CNE. Dicha información debe estar también a disposición de las CCAA que lo soliciten en lo que concierna a su ámbito territorial. En todos los casos debe enviarse antes del 1 de noviembre de cada año (art. 25 ITC 3993/2006).

En general, según desarrolla el artículo 24 del RD ATRSEI, todas las empresas deben remitir: los datos técnicos y económicos referentes a las nuevas instalaciones puestas en

⁸⁶⁸ Según el texto original de la LSH, los derechos a pagar por las acometidas también tenían el carácter de «únicos» para todo el territorio nacional en función del caudal máximo que se solicite y de la ubicación del suministro (art. 91 LSH). Esta característica ha sido eliminada por el art. Único 32 de la Ley 12/2007.

⁸⁶⁹ Así se lee en el artículo 25 de la Orden ITC/3993/2005: «empresas transportistas» un error que se viene arrastrando desde la Orden de 2002, puesto que debería decir empresas distribuidoras también.

servicio, ampliaciones, modificaciones, transmisiones y cierres realizados en los últimos doce meses, así como, las previsiones de compra y venta de gas para el suministro a tarifas para el año siguiente y los costes asociados a dicha actividad. Igualmente deben enviar, según añade la Orden ITC/3993/2006 en su artículo 25.1, una relación de las instalaciones que serán puestas en marcha durante los siguientes doce meses, indicando la fecha prevista de la entrada en servicio, con el objeto de determinar peajes y tarifas. Además, las empresas sujetas al proceso de liquidaciones deberán remitir al GrTS, antes del día 15 de noviembre de cada año, los datos relativos a la previsión de la demanda de cierre del ejercicio, así como las del año siguiente, especificando el consumo y número de clientes suministrados, la capacidad contratada, las ventas y clientes incorporados, todo ello por nivel de presión, tipo de suministro y rango de volumen, desagregados para el “mercado regulado y el mercado liberalizado”. El GrTS debe remitir al MITC, antes del 1 de noviembre de cada año, los datos de demanda, debidamente integrados para el conjunto del sector (art. 24.3 RD ATRSEI según modificación introducida mediante artículo Segundo.seis del RD 942/2005 y art. 25.2 Orden ITC/3993/2006).

En el caso de las empresas distribuidoras, deberán comunicar en la forma y detalle que la DGPEM del MITC determine, las previsiones de los datos técnicos y económicos para el año siguiente, especificando, entre otros aspectos, las inversiones, el consumo y el número de clientes suministrados, la capacidad contratada, las ventas y clientes incorporados, todo ello por nivel de presión, tipo de suministro y rango de volumen. También remitirán la evolución de los kilómetros de red, con indicación de las presiones. Deberán comunicar igualmente los costes correspondientes al suministro de gas al mercado a tarifa.

El GrTS debe remitir, en la forma y detalle que la DGPEM determine, los datos técnicos y económicos relativos al año anterior imputables a su actividad como gestor, además de la previsión de los mismos para el año en curso.

A los efectos de comprobar la información anterior, las empresas transportistas distribuidoras y el GrTS deben realizar auditorias externas, antes del 30 de junio de cada año, de los estados financieros, las cuentas anuales y el informe de gestión referidos al año anterior, así como la desagregación de las cuentas anuales por actividades, de regasificación, almacenamiento, transporte, gestión de compra-venta de gas,

distribución y suministro a tarifa, indicando los criterios utilizados y cualquier otra información relevante durante el período correspondiente. Todo ello, de conformidad con los contenidos mínimos y de periodicidad fijados y publicados por el MITC para la realización de las mismas (RD ATRSEI art. 24 y art. 25.3 Orden ITC/3993/2006).

VII. Cobro y liquidación de tarifas, peajes y cánones.

Las disposiciones generales sobre esta materia están contenidas en el artículo 96 de la LSH. Dicho precepto, que ha sido modificado por el artículo único.37 de la Ley 12/2007 establece, en términos generales, que los peajes y cánones por el uso de la red gasista serán cobrados por las empresas que realicen las actividades de transporte y distribución. Además, la DT cuarta de la Ley 12/2007 ha dispuesto que las tarifas seguirán siendo cobradas por las empresas de distribución.

Tanto los transportistas como los distribuidores están obligados a dar a las cantidades ingresadas la aplicación prevista en la LSH. Luego remite a desarrollo reglamentario los procedimientos de reparto de los fondos ingresados por los transportistas y distribuidores, entre quienes realicen las actividades incluidas en el SG, atendiendo a la retribución que les corresponda.

El desarrollo reglamentario de esa materia se llevó a cabo en el Capítulo V del RD ATRSEI, artículos 34 a 38, que establece las líneas generales del procedimiento, enumera las actividades sujetas a liquidación y aquellas que no lo están, indica cuáles son los ingresos y costes liquidables, define las cuotas con destinos específicos y la forma para su recaudación y establece las actuaciones en relación con la inspección y comprobación de las liquidaciones. Sin embargo, con respecto al procedimiento para llevarlas a cabo, la regulación es muy escueta: «será determinado por el MITC, fijando los valores concretos, parámetros y plazos necesarios para la liquidación». Por último, la DF Segunda del citado Real Decreto, otorga tres meses de plazo contados a partir de su entrada en vigor del RD, para publicar mediante Orden Ministerial, el procedimiento de liquidación (RD ATRSEI art. 35 y DF 2ª).

Finalmente, es la Orden ECO/2692/2002, de 28 de octubre, por la que se regulan los procedimientos de liquidación de la retribución de las actividades reguladas, y de las cuotas con destinos específicos, la que desarrolla la normativa -un año después-.

Establece además, un sistema detallado de información al que deben ajustarse las empresas a los efectos del sistema de liquidaciones⁸⁷⁰ (art. 38.4 RD ATRSEI). En definitiva, esta Orden completa el SEI, cuya implantación ha sido bien calificada por la CNE, ya que permite «diferenciar entre dos aspectos íntimamente relacionados pero no por ello asimilables unívocamente, como son la recaudación por tarifas, peajes y cánones, y la retribución de las actividades reguladas. El nexo de unión entre ambas es obviamente el importe recaudado a través de las tarifas, peajes y cánones para retribuir a los sujetos del sistema, pudiendo ser el sistema de recaudación totalmente diferente al de retribución»⁸⁷¹. Sobre el contenido de la Orden ECO/2692/2002, versan los siguientes epígrafes.

1. Actividades sujetas a liquidación

Según el RD ARESEI el sistema de liquidaciones incluye las actividades reguladas de los sujetos que actúan en el SG, recogiendo los costes e ingresos relativos a las mismas. De esta manera quedan sujetas a liquidación: a) la recepción, almacenamiento y regasificación de GNL, incluyendo las instalaciones de carga de cisternas de GNL; b) la actividad de almacenamiento de gas natural; c) la de transporte por gasoducto; d) la de distribución por gasoducto, incluyendo las plantas satélites de GNL que suministren a varios consumidores; e) las actividades retribuidas con cuotas incluidas en las tarifas, peajes y cánones⁸⁷². Se exceptúan de este procedimiento, como se señaló anteriormente al hacer referencia a éstas: la actividad de gestión de compra-venta de gas por los transportistas y el coste de la materia prima y la actividad de suministro de gas a tarifa

⁸⁷⁰ Sobre esta Orden la CNE manifestó: «La Orden ha permitido cerrar el desarrollo normativo que establece el sistema económico integrado del sector del gas natural iniciado a partir del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, con el establecimiento del procedimiento de liquidaciones, necesario para determinar la forma de reparto entre los sujetos que desarrollan las actividades reguladas sujetas a liquidación, de los ingresos regulados obtenidos por el cobro de las tarifas, los peajes y cánones a los consumidores y usuarios.» Memoria CNE 2002, p. 93.

⁸⁷¹ Informe CNE, 8/2001, de 27 de abril, p. 128.

⁸⁷² En este sentido, la Orden ECO/2692/2002, dispone que a efectos del sistema de liquidaciones se considerarán empresas que desarrollan alguna de las actividades reguladas, las que figuren en la normativa que establece la retribución de las mismas para cada año (art. 2.3). Por su parte, la Orden ECO/31/2004, en su artículo 27 dispone: «La facturación y cobro de la retribución de las actividades reguladas se realizará de acuerdo con el procedimiento de liquidaciones establecido en el Capítulo V del Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto y desarrollado por la Orden ECO/2692/2002, de 28 de Octubre...»

cuya liquidación se realiza según un procedimiento específico dispuesto al efecto, como se verá posteriormente (art. 2 Orden ECO/2692/2002).

2. Procedimiento de liquidación

En relación con el procedimiento de liquidación, el RD ATRSEI no hace sino efectuar una nueva remisión para que sea el MITC quien defina los valores, parámetros y plazos necesarios para la liquidación. Solamente establece que «los cobros y los pagos a que den lugar las liquidaciones entre los agentes se determinarán por la DGPEM a propuesta de la CNE, en la forma y los plazos que se indiquen en el procedimiento de liquidaciones. Se realizarán las liquidaciones provisionales mensuales a cuenta de la definitiva que se efectuará cada año» (art. 35 RD ATRSEI).

A efectos del procedimiento de liquidación se computan como ingresos los correspondientes por la aplicación de los peajes, cánones y tarifas. Los distribuidores son los sujetos encargados de recaudar los porcentajes con cargo a las tarifas de venta de GN, y de ponerlos a disposición de cada uno de los sujetos a los que van destinados como ingresos propios en la forma y plazos establecidos normativamente. Este porcentaje se aplica al importe de la facturación por venta de GN que resulta de la aplicación de las tarifas. La cuantía se fija por las disposiciones o resoluciones correspondientes, sin deducir los posibles descuentos que sobre la base de las mismas puedan pactar las empresas distribuidoras y sus consumidores.

Los porcentajes con cargo a los peajes y cánones asociados al derecho de ATR son recaudados por las empresas titulares de las instalaciones de regasificación, transporte y distribución y almacenamiento, e igualmente, deben ponerlos a disposición de los sujetos a los que van destinados, como ingresos propios, en la forma y plazos establecidos normativamente. Las empresas titulares citadas deben aplicar el porcentaje sobre los peajes y cánones máximos establecidos sin deducir los posibles descuentos que sobre los mismos puedan pactarse entre los titulares de las instalaciones y los usuarios (art. 37 RD ATRSEI).

3. Ingresos y costes liquidables

Se consideran ingresos liquidables los que se obtienen de la aplicación de las tarifas, peajes y cánones vigentes a los suministros y accesos a las instalaciones de regasificación, almacenamiento, transporte o distribución que hayan tenido lugar en el periodo objeto de liquidación. En el procedimiento de liquidación se computan los ingresos correspondientes por aplicación de los peajes, cánones y tarifas a las cantidades facturadas, con independencia de su cobro, es decir, sin deducir posibles descuentos.

Los costes liquidables son: la retribución de las actividades de regasificación, transporte, almacenamiento y distribución de GN, y las cuotas con destinos específicos incluidas en las tarifas, peajes y cánones (art. 36.3 RD ATRSEI).

4. Períodos de liquidación

La normativa establece dos tipos de liquidaciones: la liquidación definitiva y las liquidaciones provisionales. La primera comprende un año natural e incluye los consumos correspondientes a dicho período facturados en el mismo o en los dos primeros meses del año siguiente. Los consumos no facturados en los dos primeros meses del año se incluyen en la liquidación correspondiente al año siguiente en que se facturan.

Las liquidaciones provisionales tienen una periodicidad mensual. En cada liquidación definitiva se efectúan 14 liquidaciones provisionales. La variación en las facturaciones debida a las actuaciones de inspección da lugar a la revisión de las liquidaciones correspondientes.

En el caso de las liquidaciones anuales, los ingresos liquidables a contabilizar son los correspondientes a los suministros y accesos de terceros al SG de cada año, que sean facturados hasta el último día del mes de febrero del año siguiente. Los facturados con posterioridad al mes de febrero del año siguiente al que se produjeron, se deben incluir en la liquidación del año en que se facturen (art. 6 Orden ECO/2692/2002).

Las desviaciones que se pongan de manifiesto por la aplicación del procedimiento de liquidaciones, entre los ingresos netos liquidables y las retribuciones acreditadas cada

año, serán tenidas en cuenta en el cálculo de las tarifas, peajes y cánones de los dos años siguientes.

A estos efectos, la CNE remitirá a la DGPEM, antes del 1 de noviembre de cada año, la previsión de desviaciones correspondientes al mismo. Las posibles desviaciones de estas previsiones se tendrán en cuenta en el año siguiente.

El déficit o superávit de retribución resultante en la liquidación 14 de cada ejercicio para cada una de las empresas que realizan actividades reguladas será comunicado por parte de la CNE a cada una de ellas y a la DGPEM. Dichas cantidades se adicionarán o sustraerán a la retribución reconocida para cada empresa en el ejercicio siguiente (art. 13 Orden ECO/2692/2002 en su redacción dada por la DF primera de la Orden ITC/3863/2007).

Una vez resuelta la liquidación definitiva se aplica el mismo procedimiento a la diferencia entre el desvío definitivo y el desvío reconocido en la liquidación 14.

Los cobros y pagos a que den lugar las liquidaciones entre transportistas y distribuidores se determinarán por la DGPEM a propuesta de la CNE y se notifican a los interesados. La CNE, eleva para su aprobación a la DGPEM la propuesta de liquidación definitiva antes del 1 de mayo del año siguiente al que corresponda la liquidación. La liquidación anual definitiva, ya sea positiva o negativa, da lugar a una cantidad a percibir o a pagar, que debe abonarse en el plazo de 15 días desde que se produce la notificación del cierre definitivo por la DGPEM, sin perjuicio del sistema de pagos e ingresos a cuenta.

Las liquidaciones que determine la DGPEM, a propuesta de la CNE, pueden ser objeto de recurso de alzada, de acuerdo con lo establecido en la LRJPAC.

5. Las cuotas con destinos específicos

Las cuotas con destinos específicos se fijan como porcentajes sobre las tarifas, peajes y cánones. Según se mencionó éstas son: los porcentajes destinados a la retribución del

GrTS⁸⁷³ y los recargos con destino a la CNE. La tasa de prestación de servicios y realización de actividades en este sector por parte de la CNE, tiene la consideración de coste permanente del sistema gasista⁸⁷⁴.

Para efectuar la liquidación de estas cuotas, de acuerdo con la DA 12ª de la LSH, modificada por el artículo único.47 de la Ley 12/2007, para el caso de la tasa destinada a la CNE, en su punto Tercero establece la tasa aplicable en relación con el sector gasista. La norma especifica el hecho y la base imponible, el devengo, los sujetos pasivos, los tipos de gravamen y cuota, así como las normas de gestión de la misma. Las empresas que realizan actividades de «regasificación, almacenamiento en tanques de GNL, almacenamiento básico, transporte y distribución»⁸⁷⁵, antes del 25 de cada mes, deben presentar a la CNE y al GrTS declaración-liquidación sobre la facturación en aplicación de las tarifas, peajes y cánones vigentes correspondiente al mes anterior con desglose de los periodos de consumos. El plazo para el ingreso de la cuota destinada al GrTS correspondiente a la facturación de cada mes será, como máximo, hasta el día 10 o el siguiente día hábil, del mes siguiente a aquel al que se refiere el período de facturación liquidado. La CNE por su parte, dispone de un plazo máximo de un día hábil para llevar a cabo el abono respectivo.

⁸⁷³ Según lo establecido en el artículo 9 de la Orden ECO/302/2002, la cuota destinada a la retribución del gestor técnico del sistema, lo recaudarán las empresas distribuidoras sobre la facturación de las tarifas de suministro y será de un 0,30 por 100 y lo ingresarán en la cuenta que la CNE en régimen de depósito abrirá para estos efectos y comunicará mediante circular publicada en el BOE.

⁸⁷⁴ La Orden ECO/302/2002, en su artículo 8, establece la tasa destinada a la CNE que deberán recaudar las empresas distribuidoras sobre la facturación de las tarifas de suministro de gas natural, en 0,061 por 100 y que deben ingresar en la forma y plazos establecidos en la Ley 29/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del Orden fiscal, en su punto Tercero que establece la tasa aplicable a la prestación de servicio y realización de actividades por la Comisión Nacional de Energía en el sector de hidrocarburos gaseosos.

⁸⁷⁵ Nótese la dificultad que genera el hecho de adoptar la definición de transportista contenida en la LSH, aún después de las modificaciones introducidas por la Ley 12/2007. Hay casos en los que no se puede utilizar, pues no se quiere incluir a todas las actividades que están cubiertas por ella, por tanto, a efectos prácticos la vuelven inútil.

A este efecto la CNE ha elaborado un modelo de ingresos para el GrTS que ha sido aprobado mediante circular y publicado en el BOE⁸⁷⁶, según la habilitación de la propia Orden de liquidaciones.

6. Sistema de pagos e ingresos a cuenta

El sistema de pagos e ingresos también está detalladamente regulado en el artículo octavo de la Orden. Según éste, los transportistas y distribuidores sujetos a liquidaciones deben efectuar los pagos y recibir ingresos a cuenta de las liquidaciones anuales de la siguiente manera: para determinar el importe a liquidar, las empresas, antes del 25 de cada mes deben comunicar la información relativa a las cuotas con destinos específicos y sobre peajes y cánones al mercado liberalizado y por suministro a tarifas. En el caso de que no lo hicieren la normativa prevé una forma alternativa para su cálculo: se parte de las mejores previsiones de información estimadas, sin perjuicio de la posible sanción que podría tener lugar. De esta manera, antes del día 15 de cada mes, a partir del mes de marzo del año de liquidación, la CNE calcula para cada sujeto los pagos e ingresos a cuenta correspondientes al período de liquidación y comunica dichas propuestas a la DGPEM.

Antes del último día de cada mes la DGPEM establece y notifica los pagos e ingresos a cuenta parciales acumulados, correspondientes a los períodos que van desde el 1 de enero hasta el último día del mes previo al inmediatamente anterior al que se refiere la liquidación. Asimismo, los transportistas o distribuidores, a los que corresponda efectuar pagos por liquidaciones, los realizarán a los transportistas o distribuidores acreedores antes de que transcurran quince días desde que dichas obligaciones se han notificado, realizando la comunicación respectiva a la DGPEM y a la CNE, antes de transcurridos tres días de haber efectuado el pago.

⁸⁷⁶ Mediante Circular 1/2002, de 21 de noviembre, de la CNE, por la que se aprueba el modelo de impreso de declaración de ingresos del GRTS y por la que se comunica la cuenta bancaria para efectuar los correspondientes ingresos (BOE núm. 291 de 5 de diciembre de 2002).

A. Inspección y comprobación

El artículo 38 del RD ATRSEI establece la potestad del MITC de inspeccionar las condiciones de la facturación, ya sea directamente o a través de la CNE y de oficio la propia CNE. El resultado de estas actuaciones puede dar lugar a una nueva liquidación que debe ser comunicada a la DGPEM. Así lo reitera el artículo 12 de la Orden ECO/2692/2002, y se establece en la Orden relativa a los peajes y cánones, al igual que en la de tarifas⁸⁷⁷.

B. El «Sistema de información sobre facturaciones y consumo del sector del gas» (SIFCO).

Con anterioridad al día 25 de cada mes, las empresas que realizan actividades sujetas a liquidación deben presentar ante la CNE toda la información sobre facturación por peajes y cánones al mercado liberalizado y por el suministro a tarifas correspondiente al mes anterior. Esta información debe ir desglosada por tarifas y períodos tarifarios, movimientos físicos de GN y la respectiva facturación a precios de cesión por los transportistas.

La CNE, con arreglo a la habilitación establecida al efecto por la Orden ECO/2692/2002, ha elaborado un sistema de remisión mensual de datos informatizado, mediante el cual se recoge toda la información necesaria para llevar a cabo la liquidación, y la inspección y verificación de las declaraciones de ingresos de las empresas. La información de dicha base de datos está sujeta a normas de confidencialidad (art. 11.3. Orden ECO/2692/2002).

⁸⁷⁷ Respectivamente en la Orden ITC/4100/2005, art. 6 y Orden ITC/104/2005, art. 10.2.

CAPÍTULO SÉPTIMO

El control del sector. La CNE y el sistema gasista

I. Planteamiento general

Delimitado el marco regulatorio establecido por la LSH para el sector del GN, el objetivo de este último capítulo es el análisis de los mecanismos de control que para ese sector han sido asignados por la misma LSH, tanto a las Administraciones territoriales, denominadas «autoridades reguladoras» por la Ley 12/2007, como a entes intermedios como CORES, o incluso a empresas privadas como ENAGAS y especialmente al denominado «ente regulador del sistema»: la CNE. No se pretende, sin embargo, volver sobre el estatuto jurídico específico de cada uno de ellos, sino más bien, sobre la función que tienen asignada en relación con el control y la supervisión del sector y su incardinación dentro del sistema. Con excepción del análisis más amplio que se realiza de las funciones atribuidas a la CNE en su papel de «modulador» a la vez que vigilante, del funcionamiento del SG. Con este propósito se analizan algunas cuestiones básicas sobre su estatuto jurídico, sin ánimo de abarcar todos los aspectos que sobre este tema han sido estudiados por la doctrina en relación con este tipo de administraciones. El énfasis se pone en ciertos aspectos específicos relativos a las funciones de la CNE con respecto al sector del GN.

Pese a que la fase de control y, especialmente el que realiza la CNE, como órgano regulador del sistema, se haya dejado para el último capítulo, no debe identificarse con un control *a posteriori* de las actuaciones de los sujetos del SG. Por el contrario, como se verá, pretende ser previo, es decir preventivo de situaciones que puedan dañar el funcionamiento del mismo. Se trata más bien de una cuestión de carácter metodológico, pues sólo conociendo tanto el marco jurídico dentro del cual deben desenvolverse los sujetos del sistema como de su funcionamiento general, se alcanza una base más fundamentada para el estudio de las funciones relativas a su control o vigilancia que facilitan el planteamiento de los aspectos claves que se pretende analizar en este capítulo que, podría decirse, constituye un epílogo de lo planteado a lo largo del estudio.

El control del sistema es vital para que en el transcurso del proceso, desde que se extrae el GN hasta que se ubica en el punto de consumo, no se tuerzan las actuaciones

destinadas a alcanzar el objetivo de interés general: la prestación del servicio de GN en las condiciones establecidas en la LSH. No existiendo la competencia perfecta debe procurarse el cumplimiento más estricto posible de las reglas que lo ordenan y la experiencia indica que para ello debe estar controlado muy de cerca. De ahí que el papel que juega el Estado en el nuevo marco de relaciones se torna, en muchos aspectos, más intenso aunque, por otro lado, en apariencia, contradictoriamente, se da más espacio a la actuación de entes privados.

En el caso del SG, el control se realiza desde tres perspectivas: control administrativo, propio de los procedimientos de éste, control de la competencia y el control jurisdiccional. Dada la amplitud de este tema, el análisis del mismo se restringe básicamente al primero, más estrechamente vinculado con el sistema gasista, es decir la funciones que competen a las Administraciones Públicas, con alguna referencia específica a las encargadas de vigilar la competencia.

II. La autoridad reguladora en la normativa comunitaria. Directivas del gas. Hacia una autoridad regulatoria europea.

Las Directivas del MIEG y sus documentos preparatorios muestran la evolución de la regulación de las hoy denominadas por la vigente DG «autoridades reguladoras». La DMIGAS hacía una referencia incipiente a la obligación de los Estados miembros de designar una «autoridad competente, independiente de las partes, para la pronta solución de los conflictos relacionados con las negociaciones (...)» (art. 21.2). También se refería al hecho de que ellos «o cualquier autoridad competente que designen, incluidas las autoridades competentes para la solución de conflictos, (...) tendrán el derecho de acceder a la contabilidad de las compañías de gas natural (...) cuya consulta resulte necesaria para sus funciones (art. 12). Pero paulatinamente su papel ha ido adquiriendo mayor relevancia, y en la DG, esas y otras referencias a la «autoridad competente» han sido sustituidas con los términos «autoridades reguladoras». Adicionalmente, se ha incluido un artículo 25 cuyo contenido si bien, no todo nuevo, define específicamente sus funciones. Con arreglo a este artículo, las citadas autoridades deben ser «totalmente independientes de los intereses del sector del gas». Y se les atribuye, como mínimo, la tarea de «garantizar la ausencia de discriminación, una auténtica competencia y un funcionamiento eficaz del mercado» (art. 25.1 DG). Están obligadas, en particular, a

supervisar ciertas condiciones en el desarrollo de las actividades, entre las cuales están: las referidas a la gestión de las redes, separación efectiva de las cuentas, cumplimiento de las funciones asignadas a los actores del sistema, la publicación de información, las condiciones de acceso al almacenamiento; y, al menos, ser la encargada de determinar o aprobar las metodologías empleadas para calcular o establecer los términos y condiciones de conexión y acceso a las redes, así como las tarifas de transporte y distribución⁸⁷⁸ (art. 25.2 DG). En otras palabras, les atribuye la función de supervisión del cumplimiento del marco regulatorio establecido para el funcionamiento de los mercados en competencia.

Sobre este tema, el «Informe sobre el progreso en la creación del mercado interior del gas y de la electricidad»⁸⁷⁹ ha señalado que: «En virtud de las nuevas Directivas de la electricidad y el gas, los organismos reguladores actualmente disponen de un conjunto mínimo de competencias en cada uno de los Estados miembros. Sin embargo, las posibilidades de los organismos reguladores sectoriales, de tomar decisiones y de aplicarlas son diferentes de un Estado miembro a otro. Por otra parte, algunos Estados miembros han constituido varios organismos reguladores, a nivel nacional y regional, y en algunos casos las competencias se encuentran divididas entre el organismo regulador sectorial, las autoridades en materia de competencia y el ministerio. La Comisión continuará estudiando con especial detenimiento los niveles de competencias e independencia de todos los organismos reguladores en el contexto del desarrollo de mercados competitivos». El informe hace referencia a la importancia y repercusión que tienen las decisiones adoptadas por los organismos reguladores nacionales sobre el funcionamiento del conjunto del mercado europeo, por lo que declara que se considera necesario que «los organismos reguladores actúen con mentalidad europea» y la necesidad de potenciar la cooperación y coordinación entre organismos reguladores. El informe destaca que el Consejo de Organismos Europeos de Reglamentación de la Energía ha realizado importantes avances en este ámbito y sigue progresando.

⁸⁷⁸ Esta última función relativa al régimen económico ha determinado la modificación de la LSH a efecto de otorgársela a la CNE.

⁸⁷⁹ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, COM (2005) 568 final, de 15 de noviembre de 2005, p. 15.

Por otra parte, la DG establece los mecanismos de resolución de conflictos en caso de que se trate de interconexión de redes. Congruentemente con ello, la Comisión adoptó la Decisión 2003/796/CE, de 11 de noviembre de 2003, por la que se establece el Grupo de organismos reguladores europeos de la electricidad y el gas (ERGEG)⁸⁸⁰, denominándolas «autoridades nacionales de reglamentación». Con la creación de este grupo se pretende otorgar un estatus formal a la coordinación en materia regulatoria a través de una plataforma más transparente para la cooperación entre las autoridades regulatorias y entre éstas y la Comisión. Según el citado informe en el transcurso de sus dos primeros años de existencia, el ERGEG ha contribuido de manera significativa, por ejemplo, en el análisis de aspectos relativos al almacenamiento de gas. Finalmente, la Comisión hace énfasis en la necesidad de que la «legislación nacional proporcione a los organismos reguladores responsabilidades suficientes y claras, en la legislación nacional, que les permitan desempeñar sus cometidos. Es necesario seguir incrementando la coordinación y la cooperación entre los organismos reguladores nacionales.»⁸⁸¹.

Por su parte, con el Reglamento (CE) 1775/2005 se ha dado un paso más en la consolidación de las autoridades reguladoras al atribuirles la responsabilidad de garantizar el cumplimiento del mismo. Se refuerza con ello el papel de dichos entes, pues para realizar las funciones que les asigna el citado Reglamento deben contar con mecanismos de control muy específicos relativos a las materias que regula (art. 10).

Más recientemente, en el Libro Verde: «Estrategia Europea para una energía sostenible, competitiva y segura» la Comisión Europea ha planteado entre las medidas necesarias para completar el MIE la creación de un «organismo europeo de reglamentación de la

⁸⁸⁰ Este grupo de organismos reguladores ha publicado recientemente en su página web el documento: «Análisis de las competencias atribuidas a las autoridades reguladoras en base a la normativa comunitaria y las distintas normativas nacionales del entorno de la UE» (Ref.: E06-REM-08-03, 6 de diciembre de 2006). Del estudio plasmado en este documento se extraen interesantes conclusiones con respecto al estado de la regulación comunitaria sobre las competencias atribuidas a las autoridades reguladoras de los países miembros. Según este estudio las competencias atribuidas a éstas difieren en gran medida. http://www.ergreg.org/portal/page/portal/ERGEG_HOME/ERGEG/ABOUT_ERGEG,

⁸⁸¹ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, COM (2005) 568 final, de 15 de noviembre de 2005, p. 16.

energía»⁸⁸². A ese efecto, el Libro propone examinar «las medidas que es preciso adoptar para abordar las diferencias entre las facultades equivalentes y la independencia de los organismos de reglamentación»⁸⁸³. Allí se cuestiona «si son adecuadas las formas actuales de colaboración entre los organismos nacionales de reglamentación y los operadores nacionales de las redes, o si es necesario un nivel de colaboración más estrecho» función que de acuerdo con la propuesta que realiza la Comisión se atribuiría al Organismo Europeo de Reglamentación.

La propuesta europea es, sin duda, ambiciosa y tal parece que las autoridades europeas tienen verdadera intención de ponerla en práctica como se observa en la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo para modificar la Directiva 2003/55/CE sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural», lleva el tema a sus últimos términos: «se propone que la autoridad reguladora esté jurídicamente separada y sea funcionalmente independiente de cualquier otra entidad pública o privada. Con este fin se propone que las autoridades reguladoras tengan personalidad jurídica, autonomía presupuestaria, recursos humanos y financieros apropiados, y gestión independiente»⁸⁸⁴. Es un verdadero reto, que puede causar, muy probablemente, la dilación en la aprobación de esta nueva directiva⁸⁸⁵.

Entre tanto, aquí lo que corresponde es examinar si con las atribuciones otorgadas por la LSH a la CNE se cumplen las regulaciones establecidas en la Directiva vigente: un primer paso para uniformar la actuación de estos entes en el nivel europeo, tema objeto de los siguientes epígrafes.

⁸⁸² COM (2006) 105 final, de 8 de marzo de 2006, p. 7. <http://europa.eu.int: 8082/comm/energy/green-paper-energy/index en.htm>

⁸⁸³ Nótese, por otra parte, la falta de uniformidad en la utilización de la denominación que la Comisión utiliza para referirse a la citada autoridad. En ocasiones se refiere a ella como «autoridad de regulación» y en otras como «organismos de reglamentación».

⁸⁸⁴ COM (2007) 529 final, 19 de septiembre de 2007. p.10.

⁸⁸⁵ Ahora que el encaje constitucional de estos «entes reguladores» ya parecía resuelto, (o debería decirse, más bien disuelto) por vía de las Directivas, se vuelve a plantear la cuestión, pero ahora desde las propias instancias comunitarias. Desde la perspectiva actual, tal parece que sólo son imaginables si se crearan como órganos supranacionales, pero aún así, sujetos a las respectivas instancias de poder representadas en los órganos de Gobierno de la Comunidad Europea, y ello parece estar aún muy lejos.

III. Los mecanismos de supervisión y control del sector

Con esta rúbrica se quiere hacer referencia a las técnicas, instrumentos o actividades establecidas en la LSH para procurar el cumplimiento de todas las obligaciones y la consecución efectiva de los derechos en ella estipulados. Desde las más tradicionales actividades administrativas, tales como la potestad de inspección⁸⁸⁶ y sanción (reservada a las Administraciones Públicas que no por la transformación del papel del Estado ha perdido vigencia, sino todo lo contrario, como ha podido observarse), pasando por la asignada a entes intermedios como CORES; y, hasta las de más reciente aparición en este sector, relacionada con la «autorregulación regulada» que se encuentra en las funciones asignadas a ENAGAS en relación con aspectos específicos del SG (art. 87 y 100 LSH). Además del papel protagonista de la CNE en relación con el control de diversas cuestiones relativas al funcionamiento del sector incluidos ciertos aspectos del régimen de competencia que realiza en coordinación con la Comisión de Defensa de la Competencia (CDC) y el Tribunal de Defensa de la competencia (TDC), a la que se destina un epígrafe específico más detallado. Debe recordarse que con arreglo a la legislación vigente, las competencias en materia de regulación pueden recaer en más de una autoridad de los Estado Miembros, situación que acoge la nueva reforma de la LSH al denominar en su artículo 3 «Competencias de las autoridades reguladoras» en el que enumera las competencias atribuidas a las administraciones territoriales y a la CNE.

⁸⁸⁶ El profesor REBOLLO PUIG, M., en su «Propuesta de regulación general y básica de la inspección y de las infracciones y sanciones administrativas» contenida en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Madrid, INAP, 2004, pp. 447-475, justifica la importancia que confiere a la inspección en la citada propuesta, entre otras razones por «el nuevo papel de los poderes públicos, y en especial de las Administraciones, en la economía, pasando de un Estado prestador directo de servicios públicos o que realiza con normalidad actividades empresariales a un Estado predominantemente regulador encargado más bien de garantizar el correcto funcionamiento del mercado y, sobre todo, el de los llamados servicios de interés económico general, aunque estén en manos privadas (...) En esta situación, la denominada desregulación no hace en lo absoluto perder sentido ni protagonismo a la labor inspectora, sino que, lejos de ello, simplemente cambia, si acaso, las referencias con las que controlar las actividades privadas. Ni la desregulación ni la autorregulación, allí donde se producen, suponen siempre y realmente un retroceso en el sometimiento a límites de actividades privadas por razones de interés público, sino sólo una nueva forma de establecerlos que, por ello, no reduce la importancia de la inspección.», p. 447-448. Sobre la potestad de inspección y su evolución vid. GARCÍA URETA, A., *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 366.

1. La intervención administrativa a través de las potestades de inspección y sanción en el sector del GN.

Sobre la atribución de la potestad de inspección a las Administraciones públicas en el sector del GN, en primer término, hay que hacer referencia al artículo 87.1 de la LSH que otorga a la Administración competente, a instancia de parte o de oficio, la potestad para realizar «cuantas inspecciones y verificaciones se precisen para comprobar la regularidad y continuidad en la prestación del suministro, así como para garantizar la seguridad de las personas y bienes». Dichas inspecciones, según añade el mismo artículo en su punto 2: «cuidarán en todo momento, de que se mantengan las características de los combustibles gaseosos suministrados dentro de los límites autorizados oficialmente». Por su parte, el artículo 3 de la LSH asigna a la AGE la competencia para inspeccionar las condiciones técnicas y económicas que sean exigibles, así como el mantenimiento de existencias mínimas de seguridad de los sujetos obligados. Este mismo precepto otorga a las CCAA la competencia para inspeccionar los mismos extremos, en al ámbito de las instalaciones de su competencia, añadiendo también la inspección de las condiciones medioambientales y el cumplimiento de las funciones de las empresas distribuidoras en su ámbito territorial.

En materia de inspección y control deben destacarse las competencias otorgadas al MITC o al órgano encargado en materia de energía de la CA, respecto del «cumplimiento de los requisitos y condiciones de seguridad y diversificación», establecida en el artículo 100 de la LSH. No obstante, ante la necesidad de un ente especializado en la realización de esta función, la LSH dispone que cuando dicha competencia corresponda a la AGE, ésta será llevada a cabo por CORES, según se vio en el capítulo cuarto. Sobre algunos aspectos de esta cuestión se vuelve en el siguiente epígrafe, interesa de momento, analizar las potestades reservadas al Gobierno. En este sentido, la DA décima de la LSH dispone literalmente: «1.Cuando el incumplimiento de las obligaciones de las empresas que realizan las actividades y funciones reguladas en la presente Ley pueda afectar a la continuidad y seguridad del suministro de hidrocarburos, y a fin de garantizar su mantenimiento, el Gobierno podrá acordar la intervención de la correspondiente empresa de acuerdo con lo previsto en el artículo 128.2 de la Constitución, adoptando las medidas oportunas para ello. A estos efectos se consideran causas de intervención de una empresa las siguientes: a) La suspensión de

pagos o quiebra de la empresa. b) La gestión irregular de la actividad cuando le sea imputable y pueda dar lugar a su paralización. c) La grave y reiterada falta de mantenimiento adecuado de las instalaciones que ponga en peligro la seguridad de las mismas. 2. En los supuestos anteriores, si las empresas que desarrollan actividades y funciones o las que se refiere la presente Ley, lo hacen exclusivamente mediante instalaciones cuya autorización sea competencia de una Comunidad Autónoma, la intervención será acordada por ésta.»⁸⁸⁷. Ello implica que, independientemente de la titularidad de la empresa, el Estado asume responsabilidades en caso de que se presente alguna de las circunstancias que señala el artículo citado, pues aunque no se ha llegado a definir qué implica tal intervención, es claro que en aras del mantenimiento del servicio de interés económico general que prestan dichas empresas, las potestades de intervención reservadas al Estado son muy significativas y tienen consecuencias de gran trascendencia pues pese a la privatización de las empresas, la responsabilidad no se acaba de trasladar definitivamente al sector privado.

Adicionalmente, las Administraciones Públicas son las competentes para sancionar, de acuerdo con la Ley, la comisión de infracciones, cada una en el ámbito de sus competencias. Éstas vienen definidas a partir de la competencia para «autorizar la actividad en cuyo ejercicio se cometió la infracción, o por la competencia para autorizar las correspondientes instalaciones». En el ámbito de la AGE, las sanciones muy graves son impuestas por el Consejo de Ministros y las graves por el Ministro del MITC. La imposición de sanciones leves corresponde al Director General de Energía⁸⁸⁸. En el

⁸⁸⁷ Este artículo tiene prácticamente el mismo contenido que el inc. f) del artículo 7 de la derogada Ley del Gas: «En casos de incumplimientos de las obligaciones del concesionario que puedan afectar a la continuidad y seguridad del servicio público, y a fin de garantizar el mantenimiento del servicio a los usuarios del mismo, la Administración podrá acordar la intervención de la correspondiente empresa concesionaria de acuerdo con lo previsto en el artículo 128.2 de la Constitución, en los términos que reglamentariamente se determinen, adoptando las medidas oportunas para mantener los suministros. A estos efectos serán causa de intervención de una empresa concesionaria por la Administración las siguientes: La suspensión de pagos o quiebras de la empresa concesionaria. La grave perturbación del servicio público imputable a la empresa concesionaria, que pueda dar lugar a la paralización del mismo con interrupción del suministro a los usuarios. Inadecuado mantenimiento de las instalaciones, en detrimento de la seguridad de las mismas.». Ello es muy indicativo del grado de responsabilidad que conserva la Administración.

⁸⁸⁸ A través de la Ley 12/2007, se ha hecho una reforma del régimen de infracciones y sanciones contenido en la LSH. Se han incluido nuevas conductas calificadas con infracciones

ámbito de las CCAA se debe estar a lo previsto en su propia normativa (art. 116 LSH)⁸⁸⁹.

Pero en cuanto al funcionamiento del sistema se refiere, de todas las potestades atribuidas al Gobierno, una de las más significativas sin lugar a dudas es la que se deriva de la relación jerárquica que se deduce de la posibilidad de interponer recurso de alzada ante el Ministro contra algunas de las resoluciones adoptadas por la CNE en el ejercicio de sus funciones, y contra sus actos de trámite en las mismas materias que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión⁸⁹⁰, con alguna excepción que se estudia luego (DA 11ª.tercero.5).

De manera que, como ha quedado patente -con la regulación de los mecanismos de control, inspección, supervisión- con el avance del proceso de transición a la competencia, el Estado no sólo no retrocede, sino que mantiene e incluso intensifica su presencia en los sectores liberalizados, especialmente tratándose de un sector estratégico como el energético.

2. Las potestades de CORES y ENAGAS y en relación con el control del sistema. El ejercicio de potestades públicas

En primer lugar, en un estadio intermedio como una manifestación de control de la AGE, puede decirse, de las más tradicionales se encuentra el papel asignado a CORES. Esta Corporación, según se vio en el capítulo cuarto, ejerce funciones vitales para el

⁸⁸⁹ Como ha observado REBOLLO PUIG, M., en su «Propuesta de regulación general y básica de la inspección y de las infracciones y sanciones administrativas» contenida en los *Estudios para la...*, op.cit., p. 115.

⁸⁹⁰ Esta es, precisamente, una de las cuestiones a las que se refiere el documento de la ERGEG «Análisis de las competencias atribuidas a las autoridades reguladoras en base a la normativa comunitaria y las distintas normativas nacionales del entorno de la UE». El análisis señala que si bien es importante que exista un mecanismo de apelación adecuado para recurrir las decisiones del regulador, con el objeto de fomentar la máxima calidad en la toma de decisiones, ello sólo puede conseguirse si se minimiza la intervención del gobierno, entre otros factores, eliminando la posibilidad de que determinadas autoridades ministeriales no pudieran en ningún caso sustituir la decisión de la autoridad reguladora por la suya, p. 10.

sistema, especialmente sensibles. CORES interviene en el SG para controlar las existencias mínimas de seguridad y la diversificación de los abastecimientos⁸⁹¹.

A diferencia de la anterior, como se estudió en el capítulo quinto, ENAGAS tiene atribuidas una serie de funciones relacionadas con la coordinación del sistema, que debe llevar a cabo bajo los principios de transparencia, objetividad e independencia. Estas funciones no se agotan en la coordinación, que lleva implícito un cierto poder de dirección⁸⁹², pues la LSH le atribuye además ciertas tareas de ejecución y de control sobre el funcionamiento del sistema⁸⁹³. Estas funciones determinan que ENAGAS, independientemente de ser una empresa privada, en alguna medida, podría decirse que, cumple funciones que pueden calificarse como “públicas” puesto que el control de la actuación de los sujetos está destinado o tiene como finalidad la realización de un servicio de interés económico general.

Por lo anterior, habría que admitir que en este ámbito, el Gobierno ha cedido espacio sobre el control. No obstante, por un lado, hay que recordar que las NGTS si bien son establecidas por ENAGAS, en coordinación con los actores del sistema, requieren una aprobación final por parte del Gobierno que las convierte en normas públicas y obligatorias para todos los actores del sector, dando lugar a lo que se ha denominado autorregulación regulada. Y por otro, también hay que destacar que, como se expone en los epígrafes siguientes, la CNE tiene asignadas funciones relativas a la supervisión y vigilancia de aspectos específicos del funcionamiento del sistema además de ser la

⁸⁹¹ Según consta en el informe de la CNE, durante el año 2006, se incoaron al menos 6 expedientes sancionadores a partir de las actas de inspección sobre el cumplimiento de la obligación de existencias mínimas. Todos se resolvieron declarando responsable a la empresa comercializadora responsable de la comisión de una falta grave e imponiendo una sanción económica. Informe 24/2007, de 26 de julio de 2007, p. 116.

⁸⁹² Aunque referida a la distribución competencial, la STC 214/1989, de 21 de diciembre, señala: «La voluntariedad en el caso de la cooperación frente a la imposición de la coordinación –ya que toda coordinación conlleva un cierto poder de dirección, consecuencia de la posición de superioridad en que se encuentra el que coordina respecto del coordinado- (...)», FJ 20º.

⁸⁹³ Precisamente, un ejemplo de autoregulación «se han registrado algunas discrecionalidades en su aplicación en días concretos imputables tanto a la ausencia de una regla conocida, como a la calidad de la información que maneja el gestor. Se considera que dicho procedimiento debe ser conveniente elaborado y publicado por el Gestor a la mayor brevedad posible» Informe de la CNE sobre un conflicto de gestión técnica del sistema, p. 64.

encargada de resolver los conflictos tanto sobre la gestión técnica como de acceso a las instalaciones.

IV. El ente regulador del sistema gasista en la L SH: la Comisión Nacional de Energía (CNE)

La creación de la CNE como «ente regulador del funcionamiento de los sistemas energéticos» fue otra de las, en su momento, novedades introducidas por la LSH⁸⁹⁴. De acuerdo con su DA undécima, corresponde a la CNE velar por la competencia efectiva y por la objetividad y transparencia en el funcionamiento de los sistemas energéticos, entre ellos el que aquí interesa, el de los hidrocarburos gaseosos, y específicamente, el del GN. Sobre este aspecto, la exposición de motivos de la LSH subraya: «La vinculación e interdependencia de los sectores energéticos, la similar problemática de algunos de ellos, especialmente, como se ha señalado, del gas natural y de la electricidad, y la progresiva interrelación empresarial en este ámbito económico recomiendan atribuir a un único órgano la regulación y vigilancia del mercado energético, para garantizar su transparencia y coordinar adecuadamente los criterios de resolución de los asuntos que conozca». No obstante, tan relevantes funciones requieren, paralelamente, de la investidura del ente al que se le asignan, de ciertas características tales como la independencia, neutralidad, el máximo rigor técnico posible, en otras palabras, las pretendidamente atribuidas a las llamadas «comisiones reguladoras independientes». Denominación acuñada por la doctrina para hacer referencia a los entes incluidos en el sistema jurídico español a partir del modelo

⁸⁹⁴ En el contexto actual, surge de la necesidad, como señala el Prof. FERNÁNDEZ FARRERES, G., de «separar nítidamente, por tanto las actividades de regulación y explotación –máxime cuando la explotación fue confiada a la empresa pública- y se ha estimado que esa separación se alcanzará de la mejor manera procediendo a la constitución de nuevas entidades administrativas de regulación que desgajadas de la Administración en el sentido de disponer de un estatuto jurídico específico y singular, dispongan de un cierto grado de autonomía e independencia, así como preparación técnica, para el desarrollo de la actividad que les ha sido encomendada.» en: «La Comisión del Mercado de Telecomunicaciones» en Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, núm. VI, Madrid, 2003, p. 60. Sobre los antecedentes y las funciones de la CNE, en general, puede verse: SERRANO GONZÁLEZ, M., «La Comisión Nacional de Energía: El ejercicio de sus funciones en el nuevo entorno competitivo» en *Regulación sectorial...*, op. cit., pp. 81-108.

importado desde los Estados Unidos⁸⁹⁵, que ha tenido un «peso referencial»⁸⁹⁶ innegable en su configuración presentando también los mismos problemas que presentan las soluciones extraídas de su contexto y, especialmente, el de su adecuación a la estructura constitucional.⁸⁹⁷ Aunque en la actualidad, este obstáculo parece quedar diluido por efecto de la normativa comunitaria al asignarles a través de las Directivas, en determinados sectores, las funciones de «autoridades reguladoras», según se señaló antes.

En el sector del GN, la CNE no es precisamente, en algún sentido, como se verá, el mejor ejemplo de ellas, entre otras razones por carecer de independencia orgánica estando adscrita al MITC. Esta situación, en algunos casos, puede constituir un importante obstáculo en la realización de sus funciones, o más bien, en la credibilidad sobre el imparcial y neutral cumplimiento de las mismas, pues hay que mencionar también que cumple con el requisito básico de independencia con respecto del sector que regula y por tanto, del gestor y los actores del mismo⁸⁹⁸. Todo ello será analizado en detalle más adelante. En cualquier caso, la LSH la denomina «ente regulador» y no «autoridad administrativa independiente»⁸⁹⁹, aunque ello sea una mera cuestión nominal que no la excluye de la clasificación de «determinados organismos públicos» contenida

⁸⁹⁵ Para un estudio completo sobre este tipo de administraciones, a partir de los estudios realizados por la doctrina española, pueden consultarse: MORENO MOLINA, A., *La Administración por las agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 1995, p. 356; GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., *El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de Norteamérica*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 226; BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Las Administraciones independientes, un reto para el Estado social y democrático de derecho*, ed. Tecnos, Madrid, 1994, pp. 31-57.

⁸⁹⁶ PAREJO ALFONSO, L., en prólogo a MORENO MOLINA, A., *La Administración...*, op. cit., p. 14.

⁸⁹⁷ Sobre este tema, PAREJO ALFONSO, L., en el prólogo a MORENO MOLINA, A., *La Administración...*, op. cit., p. 19; RALLO LOMBARTE, A., *La constitucionalidad de las administraciones independientes*, ed. Tecnos, Madrid, 2002, p. 343; MAGIDE HERRERO, M., *Límites constitucionales de las administraciones independientes*, INAP, Madrid, 2000, p. 561.

⁸⁹⁸ En este sentido, MUÑOZ MACHADO, S., «El fundamento de esta regla es, (...) si el regulador y el gestor del servicio no están separados, los organismos públicos o empresas responsables de la gestión se sitúan en una posición de dominio que resulta incompatible con la competencia. Las empresas privadas que quieren actuar en el mismo sector, quedarían en una situación de desigualdad», *Tratado de Derecho...*, 1ª ed., op. cit., p. 1190.

⁸⁹⁹ Una cuestión terminológica sobre la que se llama la atención. Caso distinto de la CMT: «órgano independiente», como se le denominado en la exposición de motivos del RD Ley 6/1996.

en la DA décima de la LOFAGE –de acuerdo con la modificación introducida a la citada ley, por la DA Decimotercera de la LSH-, que comprende fundamentalmente este tipo de organismos públicos que se rigen por su legislación específica y supletoriamente por la LOFAGE.

Al igual que sucede con el resto de la legislación del sector y consecuentemente con la introducción de competencia en el mismo, sus funciones se han ido modificando básicamente para ampliarlas y adaptarlas a la normativa europea y a las necesidades del sector. En algún caso, dichas modificaciones han sido muy criticadas, pues no parecen haber tenido una clara justificación, o, se han realizado en el momento menos oportuno, según la perspectiva desde la que se observe.

La regulación relativa a la CNE está contenida en la DA undécima de la LSH. Este precepto que se analiza en detalle a continuación.

1. Naturaleza jurídica y composición. Ente adscrito al Ministerio de Industria Turismo y Comercio.

La DA undécima en su punto Primero.² define la CNE y la configura «como un organismo público con personalidad jurídica y patrimonio propio, así como plena capacidad de obrar». La propia LSH, mediante su DA 11ª, modifica la LOFAGE para incluir a la CNE en su apartado 1 de la DA 10ª, que regula una categoría específica de entes administrativos que se rigen «por su legislación específica». Cuando la CNE ejerce potestades administrativas su actividad debe sujetarse a la LRJPAC. Además, la contratación de bienes y servicios por parte de ésta, debe someterse a la LCAP y el resto de su actividad se rige por las normas del derecho privado. El control financiero y administrativo de la CNE es llevado a cabo por la Intervención General de la Administración del Estado sin perjuicio de las actividades que corresponden al Tribunal de Cuentas.

La CNE está adscrita al MITC⁹⁰⁰, órgano que ejerce el control de eficacia sobre su actividad, cuya finalidad es comprobar el cumplimiento de los objetivos y la adecuada utilización de los recursos asignados a ésta. A esos efectos, ambas instituciones, de manera coordinada, deben elaborar un Plan de actuación cuyo control de cumplimiento corresponde al MITC básicamente a través de un informe anual⁹⁰¹ que la CNE elabora y en el que expone las actuaciones realizadas y el grado de ejecución del Plan, así como la justificación de las desviaciones que, en su caso, se hayan producido respecto del mismo (art. 45.2 RCNE).

El órgano de asesoramiento de la CNE en materia de GN es el Consejo Consultivo de Hidrocarburos. Este Consejo está presidido por el Presidente de la CNE e integrado por un máximo de 37 miembros. De acuerdo con el artículo 40 del RCNE lo conforman: dos representantes de la AGE, uno de cada una de las CCAA y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, nueve miembros de las compañías del sector de hidrocarburos, uno de la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos, cuatro de los consumidores y usuarios y otros agentes sociales, uno de defensa de la preservación del medio ambiente; y, uno del GrTS⁹⁰².

⁹⁰⁰ Así lo dispone el artículo 9 del RD 562/2004, de 19 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE de 20 de abril de 2004). Anteriormente estuvo adscrita al MINECO y originalmente al MINAE.

⁹⁰¹ La periodicidad de este plan ha sido modificada por el artículo Único.9 del RD 1204/2006. Anteriormente, el informe debía elaborarse con una periodicidad trimestral. Esta modificación no ha sido objetada por el Consejo de Estado en su Dictamen al Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el RD 1339/1999 de 31 de julio por el que se aprueba el Reglamento de la CNE. (Ref. 1716/2006), con respecto a la cual señaló: «Por último, la modificación proyectada en relación con el artículo 45.2 espaciaría a una periodicidad anual la frecuencia trimestral actual del informe que la CNE deberá remitir al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio con indicación de las actuaciones realizadas y el grado de ejecución del Plan de actuación. Ello supone una menor intensidad de la relación -no necesariamente una disminución del control de eficacia que el párrafo primero del precepto indicado atribuye al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio- con el departamento ministerial al que la CNE está adscrita legalmente, reforzando su autonomía y aliviando la carga burocrática que de algún modo puede pesar sobre el organismo y que, en aras de una asignación eficiente de recursos, puede permitir dedicar sus servicios a cuestiones más sustantivas de su competencia, por lo que no se formula objeción para su realización».

⁹⁰² Mediante el artículo 92 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, se modificó el artículo 64 de la LSH, para añadir un apartado 4 relativo al representante del Gestor Técnico del Sistema así como en su Comisión Permanente.

Se rige por la LOFAGE, por lo dispuesto en la LSH y por el RD 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía (RCNE), cuyas principales modificaciones han sido introducidas por el RD 1204/2006, de 20 de octubre de 2006.

Consecuentemente, puede adelantarse ya, que aunque la CNE tiene un régimen diferenciado, la independencia orgánica no es precisamente una de sus características más destacadas⁹⁰³ aunque sí goza de otras garantías orgánicas y funcionales.

2. Garantías orgánicas y funcionales

En los mecanismos de los que resultan las garantías orgánicas y funcionales de este tipo de entes reside la clave de su funcionamiento. Para hablar de garantías orgánicas y funcionales es necesario en primer término tener en cuenta frente a quién o qué deben establecerse dichas garantías. La cuestión de la independencia del órgano regulador está planteada en el artículo 25 de la DG que dispone literalmente: «Los Estados miembros designarán uno o varios organismos competentes con la función de autoridades reguladoras. Estas autoridades serán totalmente independientes de los intereses del sector del gas».

A. La independencia orgánica

El Consejo de Administración, órgano rector de la CNE, está compuesto por el presidente, ocho vocales y un secretario. El presidente ostenta la representación legal de la CNE y el secretario actúa con voz pero sin voto. Además, el Gobierno tiene voz en el Consejo a través del Ministro del MITC, el Secretario General de Energía o alto cargo

⁹⁰³ En palabras de SALA ARQUER, J. M., «En el caso de los sectores energéticos –gas, petróleo y electricidad- no creo que pueda hablarse de un verdadero ente regulador (...) En definitiva, y para entendernos, quien tiene en estos sectores las auténticas competencias reguladoras es el Ministerio de Industria.» *La Comisión del mercado de las telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2000, p. 17. En opinión de VIRGALA FORURIA, E., «La regulación legal de la CNE la convierte en un organismo cuya composición puede ser modificada por el Ministerio a su voluntad, con escasas competencias y en su casi práctica totalidad sus decisiones pueden ser recurridas ante el Ministerio de Economía antes de iniciar la vía contencioso-administrativa.», en *La Constitución y las Comisiones Reguladoras de los servicios de red*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 335-336.

del Ministerio en quien deleguen, aunque no tienen derecho al voto. (DA 11ª Primero 3.)

La elección de los miembros de la CNE se ha configurado otorgando la mayor independencia posible dentro de los sistemas ideados a estos efectos y con las cautelas que permite y exige la división de poderes. El Presidente y los vocales son nombrados por un periodo de seis años pudiendo ser renovados por otro con la misma duración «entre personas de reconocida competencia técnica y profesional». Su nombramiento se lleva a cabo mediante real decreto a propuesta del Ministro previa comparecencia del mismo y debate en la Comisión competente del Congreso de los Diputados, para constatar el cumplimiento por parte de los candidatos de las condiciones establecidas⁹⁰⁴.

Una importante cautela a efecto de lograr una mayor independencia del poder político es la periodicidad establecida para el nombramiento de los miembros de la CNE. Estos se renuevan parcialmente cada tres años⁹⁰⁵. La renovación afecta alternativamente a

⁹⁰⁴ Este procedimiento, que es básicamente el establecido por la Ley que regula la CMNV, ha sido puesto en cuestión recientemente ante la renuncia del su Presidente y que, en alguna medida, ha provocado la reforma de la Ley 15/1980, de 22 de abril de 1980, de Creación del Consejo de Seguridad nuclear, a través de la Ley 33/2007, de 7 de noviembre. En ésta última se observa la introducción de algunas medidas destinadas al mantenimiento de un control más estricto por parte, tanto del Gobierno como del Congreso y del Senado. De hecho, el artículo 5 de establece que: «El Congreso a través de la Comisión competente y por acuerdo de los tres quintos de sus miembros, manifestará su aceptación o veto razonado en el plazo de un mes natural (...). Asimismo, su artículo 7.1 e), dispone la posibilidad de que el Congreso de los Diputados, a través de la Comisión competente y por acuerdo de los tres quintos de sus miembros, podrá instar en cualquier momento al Gobierno el cese del Presidente y Consejeros.»

⁹⁰⁵ Incluso, entes con funciones análogas a la CNE han sido constituidas con menos cautelas que las establecidas para la CNE, caso de la, Ley 23/2007, de 8 de Octubre, de Creación de la Comisión Nacional de Sector Postal, establece en su art. 4.4. «El Presidente, el Vicepresidente y los consejeros serán nombrados por el Gobierno, mediante real decreto adoptado a propuesta del Ministro de Fomento, entre personas de reconocida competencia profesional en el sector postal y en la regulación de mercados, previa comparecencia ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados de los candidatos propuestos, que versará sobre su capacidad y conocimientos técnicos. 5. El Consejo Rector designará a su Secretario, que será asimismo el Secretario General de la Comisión. 6. Los cargos de Presidente, Vicepresidente y Consejero se renovarán cada seis años, siendo posible su reelección por una sola vez.» y podría decirse, con más responsabilidades: «La Comisión contribuirá a garantizar el correcto funcionamiento del mercado postal y en particular de la prestación del servicio postal universal, en beneficio de los usuarios, y trabajará para consolidar el proceso de liberalización del mercado. Para ello otorgará los títulos habilitantes para la prestación de servicios postales, velará por el cumplimiento efectivo de las obligaciones de los operadores y resolverá las controversias que pudieran surgir entre ellos (art. 6). Para el cumplimiento del objeto encomendado, la Comisión Nacional del Sector Postal velará por la prestación del servicio postal universal a todos los ciudadanos, en todo el territorio nacional, a precios asequibles y con el compromiso de calidad que se establezca, siendo el órgano competente para resolver cualquier consulta.

cinco o cuatro de sus miembros según corresponda. Si durante el período de duración de su mandato se produjera el cese de uno de sus miembros su sucesor cesará al término del mandato de su antecesor. Cuando este último cese se produzca antes de haber transcurrido un año desde el nombramiento se le podrá nombrar incluso en dos ocasiones más (DA 11ª Primero 4).

Entre las causas de cese del Presidente y los vocales se establecen las más habituales como son la expiración del término de su mandato, la renuncia, con la particularidad de que debe ser aceptada por el Gobierno, la incapacidad permanente para el ejercicio de sus funciones, la incompatibilidad producida con posterioridad a su nombramiento, o condena por delito doloso, el incumplimiento grave de sus obligaciones. Una de especial relevancia a los efectos de este estudio, la LSH reserva al Gobierno, previa propuesta motivada del Ministro de Industria, la posibilidad de cesarlo, lo cual va en sentido opuesto a la independencia, pues también podría ser utilizado como un instrumento de presión.

El régimen de incompatibilidades establecido para los altos cargos de la AGE rige también para el Presidente y los vocales de la CNE, quienes al cesar en el cargo, y durante los dos años posteriores, no podrán ejercer ninguna actividad profesional relacionada con los sectores energéticos. Se les asigna una compensación económica por esta limitación⁹⁰⁶ (DA 11ª Primero 6).

En cuanto al régimen presupuestario, hay que señalar que si bien la CNE tiene la potestad de elaborar su anteproyecto de presupuesto, éste debe someterse a la aprobación del Consejo de Gobierno para su posterior remisión a las Cortes Generales integrado en los presupuestos generales del Estado. Por tanto, el Gobierno puede efectuar modificaciones. Ésta no parece una garantía suficiente, sin embargo hay que recordar que la CNE tiene otras fuentes de financiación que se generan a partir de las

⁹⁰⁶ El régimen de compensación económica está establecido en el artículo 24 del RCNE, recientemente modificado por el RD 1204/2006 de 20 de octubre. De acuerdo con su redacción vigente, a compensación económica mensual es la dozava parte del 80 por 100 del total de las retribuciones asignadas al cargo respectivo. Dicha compensación es incompatible con el desempeño de cargos de referencia, en el caso de ser designado de nuevo para uno de los mismos y «Su percepción por los funcionarios que reingresen al servicio activo es sus Cuerpos o Escalas de Procedencia se regirá por lo que dispongan las normas sobre incompatibilidades que les sean de aplicación»

actividades de los sectores energéticos, -DA duodécima LSH- como se observó en el estudio del régimen económico del sector en estudio, lo cual le aporta un cierto margen de autonomía⁹⁰⁷.

No obstante todas las cautelas anteriores, hay que reiterar que contra las resoluciones adoptadas por la CNE en el ejercicio de las funciones que se estudian en detalle luego, y contra sus actos de trámite en las mismas materias que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión, podrá interponerse recurso ordinario ante el Ministro de Industria⁹⁰⁸, con alguna excepción.

B. Garantías Funcionales

El RD 1204/2006 de 20 de octubre de 2006 ha introducido algunas modificaciones al RCNE, las cuales, de acuerdo con su parte expositiva, atienden a dos motivos: «de un lado, agilizar el marco de relaciones de este organismo regulador, y de otro, mejorar la capacidad operativa de sus distintos órganos, siguiendo para ello muy de cerca los modelos que ofrece la regulación del régimen orgánico y funcional de otros organismos similares».

En el sentido apuntado, en cuanto a su régimen de funcionamiento interno, se modifica el apartado 2.3 del RCNE para eliminar el requisito del previo informe de los Ministerios de Industria, de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda, para la aprobación de su reglamento de régimen interior, que regulará el funcionamiento de sus órganos, así como los servicios técnicos, jurídicos, administrativos y económicos necesarios para su adecuado funcionamiento. Esta modificación parece ser coherente con la necesidad de excluir al máximo de la posible influencia de otros órganos de la

⁹⁰⁷ En este sentido, SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, M., *La regulación del sector del gas natural*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 412.

⁹⁰⁸ En relación con este tema, y en contraste con la CMT, CABALLERO SÁNCHEZ, R., plantea «En este punto es de desear el buen funcionamiento de la CNE como instancia de resolución de conflictos (en especial sobre acceso de terceros a las redes de transporte y distribución) y persecución de infracciones en la materia, puesto que la ineficiencia de las resoluciones judiciales es casi absoluta en este tipo de relaciones de mercado. Por el contrario, el mayor rango de autonomía de que disfruta la CMT se manifiesta en que sus resoluciones sobre conflictos de acceso e interconexión abren directamente la vía de recurso contencioso-administrativo». *Infraestructuras en red...*, op. cit., p. 343.

Administración o al menos, como ha señalado el Consejo de Estado en su Dictamen sobre el Proyecto de Real Decreto, «En este punto, la participación mediante informe de otros órganos administrativos con personalidad jurídica diferenciada, pese a no tratarse de informe vinculante y aunque dicho informe pudiera aportar criterios útiles, eventualmente también pudiera proyectar apariencia de cierta influencia en la potestad de autoorganización de la CNE»⁹⁰⁹. Cuestión que no es nada despreciable, considerando el tipo de ente del que se trata. En este mismo sentido, se pronuncia el Consejo de Estado con respecto a la modificación introducida al artículo 17 del RCNE con el fin de sustituir el Informe de la abogacía del MITC por el informe de su propia asesoría jurídica, con carácter previo a la emisión y publicación de sus circulares, al señalar que «se sitúa en la misma línea de reforzamiento de su independencia funcional que es propia a su carácter».

Otras reformas al RCNE, sin embargo, no han sido tan bien avenidas, aunque el Consejo de Estado no ha encontrado ningún impedimento legal para su adopción. Tal es el caso de los artículos 19, 25 y 26 que establecen lo relativo al Consejo de Administración, el Presidente y al Secretario de la CNE, respectivamente. Estas reformas son importantes en la medida en que provocaron diversas reacciones entre los actores del sector incluyendo los propios consejeros de la CNE. Con respecto al Consejo de Administración, artículo 19, la modificación introducida determina las principales competencias del Consejo y especifica cuáles facultades no podrán ser objeto de delegación. La redacción original de la norma era general, no establecía listados de competencias: «La Comisión Nacional de Energía estará regida por un Consejo de Administración al que corresponderá el ejercicio de todas las funciones establecidas en el Capítulo anterior. Estas funciones no serán delegables en otros órganos de la Comisión a excepción de la relativa a la selección y contratación de su personal.» Al acotarse sus funciones, aunque se incluya un inciso abierto «f) Las demás que le resulten atribuidas por las normas que le sean de aplicación» y por otra parte, con la modificación introducida al artículo 25.2, que por el contrario, añade un largo listado de

⁹⁰⁹ Dictamen del Consejo de Estado sobre el proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía. Aprobado el 5 de octubre de 2006.

funciones nuevas atribuidas al Presidente de la CNE, se ha interpretado que se han incrementado considerablemente las funciones del Presidente en detrimento de las del Consejo de Administración⁹¹⁰.

El Gobierno, sin embargo, alega que se trata de «mejorar la funcionalidad de su máximo órgano rector, el Consejo de administración, descargándolo del ejercicio de facultades de mera gestión o de marcado carácter ejecutivo, que se desplazan a la Presidencia de la Comisión, permitiendo de este modo que el Consejo, en tanto que órgano colegiado superior de la misma, pueda concentrarse en el ejercicio de sus funciones sustantivas más relevantes, en particular las funciones normativa, de propuesta e informe, arbitral, sin perjuicio de la flexibilidad operativa que, en todo caso, parece oportuno atribuirle al Consejo mediante la previsión de amplias facultades de delegación, ya sea en la Presidencia, ya sea en o varios de sus miembros o incluso en otros órganos de la Comisión.» Lo cierto es que, si se examina el listado de funciones atribuidas al Presidente de la CNE, que se transcriben a continuación para mayor claridad: «a) Ostentar la representación legal e institucional de la Comisión en cualesquiera actos y contratos y frente a toda persona física o jurídica, ya sea pública o privada, en juicio y fuera de él. b) Respecto del Consejo y los demás órganos colegiados de la Comisión cuya presidencia asume, ejercer las competencias que a los Presidentes de los órganos colegiados administrativos atribuye la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. c) Interpretar el Reglamento de Régimen Interior, dictando al efecto las instrucciones internas que procedan. d) Ejercer las acciones y recursos que correspondan a la Comisión Nacional de Energía en defensa de sus intereses. e) Proponer al Consejo los objetivos anuales de la Comisión. f) Dirigir y coordinar las actividades de todos los órganos directivos de la Comisión, así como distribuir las funciones entre los mismos, pudiendo dictar al efecto las instrucciones de servicio que procedan. g) Presentar al Consejo, para su aprobación, los anteproyectos de presupuestos y de programas y las cuentas anuales. h) Disponer los gastos y ordenar los pagos de la Comisión. i) Celebrar

⁹¹⁰ En este sentido, SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, M^a M., «La Modificación del Reglamento de la Comisión Nacional de Energía por el Real Decreto 1204/2006, de 20 de octubre», en, *RGDA*, núm. 14, febrero, 2007, p. 19-20.

los contratos y convenios de la Comisión. j) Desempeñar la jefatura superior de todo el personal de la Comisión. k) Firmar y ordenar la publicación de las circulares de la Comisión. l) Canalizar las relaciones institucionales de la Comisión, así como las relaciones con los medios de comunicación. m) Ejercer las facultades que el Consejo le delegue de forma expresa. n) Resolver todas aquellas cuestiones no reservadas o atribuidas legal o reglamentariamente a otros órganos. ñ) Ejercer las demás funciones que le atribuya el ordenamiento jurídico. El Presidente podrá delegar el ejercicio de sus competencias en el Vicepresidente, en los Vocales o en los Directores de la Comisión, excepto aquellas que resulten indelegables». Si se examinan las funciones atribuidas, como se venía diciendo, tal parece que la reforma introducida sí parece ir en la dirección apuntada por el Gobierno antes transcrita⁹¹¹, pues las funciones sustantivas de la CNE relativas al funcionamiento del sector continúan estado en manos del Consejo de Administración que podrá delegar en los casos que lo considere oportuno siempre y cuando no se encuentre entre las excepciones expresamente establecidas en el propio reglamento –art. 19.3-: «3. Asimismo, el Consejo podrá delegar en el Presidente, en los Vocales, en una Comisión Delegada del propio Consejo, integrada por no más de tres de sus miembros, y en otros órganos de la Comisión el ejercicio de sus competencias. No podrán ser objeto de delegación las siguientes facultades: a) La emisión de circulares. b) La aprobación del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión. c) La aprobación del anteproyecto de presupuestos de la Comisión y la formulación de sus cuentas anuales. d) El informe previo al nombramiento del Secretario del Consejo. e) Aquellas otras competencias que, por norma con rango de ley, resulten indelegables. En cualquier caso, se deberá dar cuenta al Consejo, en la forma que se determine en el Reglamento de Régimen Interior, de cuantas decisiones o resoluciones se hubiesen adoptado por delegación». Como ha señalado el Consejo de Estado: «En principio y a tenor de los

⁹¹¹ Una opinión contraria tiene SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, M^a M., para quien «el mero hecho de que la CNE sea un órgano colegiado supone un dato a favor de su independencia pues serán mayores las garantías de la autonomía de este órgano si las decisiones se toman de forma colegiada por el Pleno del Consejo y esto debe ponerse en relación con la modificación del art. 25 relativo al Presidente con la que se amplían sus competencias y se le atribuyen funciones que tienen gran importancia como, por ejemplo, interpretar el Reglamento de régimen interior, dictando al efecto las instrucciones internas que procedan; presentar al Consejo para su aprobación los anteproyectos de presupuestos y de programas de actuación y las cuentas anuales; disponer los gastos y ordenar los pagos de la CNE; desempeñar la jefatura superior de todo el personal de la CNE; canalizar las relaciones institucionales de la CNE así como las relaciones con los medios de comunicación...», en «La Modificación del ...», op. cit., pp. 19-20.

objetivos que se desean conseguir con la modificación del Reglamento de la CNE, no parece ilógico que se reduzcan las funciones de su Consejo de Administración para descargarlo de tareas de mera gestión o de marcado carácter ejecutivo y concentrar su actividad en el ejercicio de potestades normativas, de propuesta o informe y arbitral. Muchas de aquellas tareas pasan a encomendarse directa y expresamente al Presidente de la CNE (en el nuevo apartado 2 del artículo 25)»⁹¹².

Más cuestionable podría resultar la modificación introducida al artículo 26, en el sentido de trasladar la atribución de designación del Secretario de la CNE, del Consejo de Administración al Presidente -como en su redacción original-. No obstante, en este caso también se observan ciertas cautelas: «El presidente de la Comisión Nacional de Energía designará, previo informe del Consejo de Administración, un Secretario del Consejo, que actuará con voz pero sin voto (...)». Por un lado, el Consejo deberá emitir un informe previo al nombramiento y por otro, como ya se señaló antes, al citar el artículo 19.3, dicho informe es una de las facultades indelegables del Consejo, específicamente el inc. d). Ciertamente, esta designación podría quitar transparencia al nombramiento. En este sentido el Consejo de Estado, no sólo se ha referido al hecho de que no hay un sistema de nombramiento similar en otro órgano de estas características si no que ha manifestado su preocupación en cuanto al mismo: «No cabe duda de que este cambio personaliza en el Presidente de la CNE el nombramiento de un cargo de gran importancia desde el punto de vista técnico-jurídico en el esquema organizativo y funcionamiento del organismo (el Secretario del Consejo lo será, a su vez, de la Comisión de Gobierno y de los Consejos Consultivos y en general de todos los órganos colegiados de la CNE, además de coordinar sus servicios, elaborar los anteproyectos de objetivos anuales y la memoria anual de la Comisión, etc.), dejándose prácticamente a su exclusivo criterio discrecional (el informe del Consejo de Administración no es vinculante ni adopta la forma de propuesta). Si bien podría considerarse que la nueva facultad del Presidente de la CNE refuerza el carácter de cargo de "confianza" del Secretario del Consejo. Lo cierto es que, habida cuenta de sus funciones y perfil dentro

⁹¹² Otra cosa es la oportunidad de la reforma, especialmente considerando el contexto del sector y el papel que ha jugado la comisión en las actuaciones relativas a la OPA sobre Endesa, tanto por Gas Natural como por EON, y el que ha de seguir ejerciendo en el sector.

del organismo, parece que deberían sopesarse las contraindicaciones que tal forma de nombramiento eventualmente podrían producir en menoscabo de la posición institucional del Secretario en el seno de la Comisión al primarse en exceso, al menos aparentemente, su condición de órgano de apoyo del Presidente».

Igualmente criticable podría ser la modificación introducida al artículo 42.2 del RCNE, pues amplía el catálogo del personal que tiene la consideración de «directivo» el cual está exceptuado del sistema de selección de personal mediante convocatoria pública y de acuerdo con procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad. Y es que la reforma añade un párrafo al artículo 42.2 que literalmente dice: «A estos efectos el reglamento de régimen interior de la Comisión precisará los puestos de puestos de trabajo cuyos titulares tendrán la consideración de personal directivo. En todo caso, tendrán dicha consideración los Directores y el personal que, con nivel inmediatamente inferior al de Director, dependa directamente de éstos o del Secretario del Consejo de Administración.». Especialmente por que ello llevaría implícito la excepción de procedimientos de convocatoria pública para su selección.

3. Objeto y funciones de la CNE en relación con el sector gasista

Las garantías orgánicas y funcionales señaladas antes se otorgan a la CNE con el objetivo de que actúe como «ente regulador del funcionamiento de los sistemas energéticos, teniendo por objeto velar por la competencia efectiva en los mismos y por la objetividad y transparencia de su funcionamiento, en beneficio de todos los sujetos que operan en dichos sistemas y de los consumidores».

En general, como se ha podido observar a lo largo de este trabajo, se atribuyen a la CNE una serie de funciones típicas de las llamadas «administraciones independientes», las cuales están establecidas en la DA 11ª de la LSH. En términos generales, la CNE debe actuar como órgano consultivo, participar mediante propuesta o informe en el proceso de elaboración de disposiciones generales relativas a mercados energéticos y de desarrollo reglamentario de la LSH, así como con carácter preceptivo, en el proceso de planificación energética, en los proyectos sobre determinación de tarifas, peajes y retribución de actividades energéticas, e informar sobre los expedientes de autorización administrativa de nuevas instalaciones cuando sean competencia de la AGE.

Adicionalmente, «todas aquellas otras funciones que le atribuyan las leyes o que reglamentariamente le encomiende el Gobierno a propuesta del Ministro del MITC (DA 11ª Tercero.1.Decimoctava).

La CNE debe resolver, en relación con los conflictos relativos al acceso de terceros a las redes de transporte, y en su caso de distribución, en los términos reglamentariamente establecidos.

A. Función de propuesta e informe

En general, la CNE actúa como «órgano consultivo de la administración en materia energética»⁹¹³, como tal, según especifica el RCNE, le corresponde emitir los informes que le sean solicitados por la AGE en el ejercicio de sus competencias en los siguientes casos: elaboración de disposiciones generales, planificación, determinación de tarifas peajes y cánones y retribución de las actividades, expedientes de autorización de instalaciones competencia de la AGE, operaciones de concentración, así como aquellos informes que, en materia energética, le sean solicitados por las CCAA cuando lo consideren oportuno en el ejercicio de sus competencias. E incluso, según establece el artículo 5.3 del RCNE, «cuando la Comisión Nacional de Energía considere oportuno», sin que medie la solicitud por parte del MITC, puede elevar a éste las propuestas que crea pertinentes acompañadas tanto de una memoria en la que se justifique la necesidad y oportunidad de las mismas como de un informe del Consejo Consultivo de Hidrocarburos. Esta potestad se restringe a las funciones de propuesta de informe sobre el desarrollo reglamentario, la planificación energética y la determinación de tarifas, peajes y cánones, aunque en este último caso, ya parece tener menos vigencia después de la última reforma introducida en relación con las funciones de la CNE sobre el régimen económico del sistema.

⁹¹³ Así lo dispone literalmente la DA 11ª, Tercero 1. Primera, de la LSH. En este sentido parece que sería más apropiado decir «de las Administraciones públicas». Pues esta función se ejerce no sólo en relación con la Administración General del Estado, sino también con otras Administraciones como la autonómica, ejemplo de ello es la: Contestación a una consulta del Gobierno de Aragón aprobado por el Consejo de Administración de 15 de junio de 2006.

Como se ha podido observar a lo largo del estudio, la CNE ha venido desempeñando esta función no sin dificultades, puesto que, aunque parezca contradictorio, no siempre cuenta con la información necesaria y no en pocas ocasiones, ante la tardía tramitación de los expedientes, en principio atribuible al Ministerio, debe informar con premura y por tanto, la tramitación se realiza a través del procedimiento de urgencia. De ahí que, la CNE esté constantemente advirtiendo sobre la imposibilidad de emitir un informe, con un análisis más riguroso dado que el plazo resulta escaso⁹¹⁴.

Los informes emitidos por la CNE sobre el sector del GN, deben ser sometidos a consulta del asesor jurídico de la CNE y del Consejo Consultivo de Hidrocarburos. En general, el plazo para su emisión es de 10 días, aunque en algunos casos, que se especifican más adelante, cuenta con un plazo de 15 días o un mes. Una vez transcurrido el plazo sin que el informe haya sido emitido se puede proseguir el procedimiento.

El informe de la CNE tiene carácter preceptivo tratándose de cuatro aspectos específicos: el desarrollo reglamentario, la planificación energética, los expedientes de autorización de nuevas instalaciones competencia de la AGE y las operaciones de concentración. El análisis de este último se deja para un apartado posterior relativo a sus funciones sobre el Derecho de la competencia, a continuación se realizan algunas observaciones extraídas de la práctica observada en el sector, a través de los informes de la misma CNE con respecto a los primeros tres. En algunos supuestos, como se verá, las críticas por parte de la CNE, a la forma como se lleva a cabo la función son reiteradas.- Esto en alguna medida, y aunque parezca contradictorio, puede ser una buena señal, ya que implica que el órgano asume su neutralidad y emite su criterio sin ataduras y, aunque no siempre es escuchado, en la insistencia puede estar la solución.

⁹¹⁴ Vid. Informe 1/2005, sobre la propuesta de orden por la que se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros las instalaciones gasistas, de 11 de enero de 2005, pp. 3-4; Informe 36/2007, sobre la propuesta de Orden por la que se establece la tarifa de último recurso del sistema de gas natural para el año 2008, de 20 de diciembre de 2007, p. 2-3.

a. Informes sobre el desarrollo reglamentario

La CNE debe formular informe en el proceso de elaboración de disposiciones generales que afecten al sector gasista, y, en especial, sobre el desarrollo reglamentario. Estos informes tienen carácter preceptivo. Esta función ha resultado trascendental para el sector, según se observa en los propios informes de la CNE, pues en la ejecución de su objetivo la CNE es el ente que reúne mayor cantidad de información en cuanto al funcionamiento general del sector y, consecuentemente, está en mejores condiciones para plantear la necesidad de integrar la reglamentación del mismo⁹¹⁵. No han sido pocas las ocasiones en las que la CNE ha realizado importantes recomendaciones al Ministerio en relación con los contenidos del desarrollo reglamentario. De hecho, en algunas ocasiones, recomendaciones realizadas por el ente regulador que no han sido acogidas en un primer momento por el Ministerio han terminado siendo adoptadas más tarde, pues el propio funcionamiento del sector las va imponiendo⁹¹⁶. Por otra parte, y especialmente en el caso de un aspecto clave como es el régimen económico, la CNE en el ejercicio de esta función ha señalado, en diversas ocasiones, que la información que le es remitida a efecto de informar los proyectos es insuficiente para pronunciarse sobre algunos aspectos del mismo situación que, en principio, no debería tener difícil solución.

⁹¹⁵ En el ejercicio de esta función la CNE conforme su mandato suele ser muy rigurosa y elaborar informe muy detallados y muy bien documentados, sirvan de ejemplo el Informe 6/2005 sobre la propuesta de RD por el que se adapta la normativa relativa al sector de hidrocarburos a lo dispuesto en el Acuerdo de Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2005, por el que se adoptan mandatos para poner en marcha medidas de impulso a la productividad, aprobado por su Consejo de Administración el 31 de mayo de 2005; y el Informe sobre el proyecto de Real Decreto por el que se regula la obligación de mantenimiento de existencias mínimas de seguridad, la diversificación de abastecimiento de gas natural y la corporación de reservas estratégicas de productos petrolíferos, aprobado por su Consejo de administración el 22 de diciembre de 2003.

⁹¹⁶ En este sentido, pueden verse las recomendaciones realizadas por la CNE en su Informe marco sobre la planificación en relación con la necesidad de incluir en la planificación vinculante a todas las instalaciones comprendidas en la red básica del sistema, dado el carácter de monopolio de la red de transporte a alta presión. Esta recomendación que se hizo en 2001, ha venido a ser impuesta por una Ley en 2005.

b. En el proceso de planificación energética

Esta función está directamente relacionada con la labor de la AGE, ya que debe tener una vinculación directa con la planificación energética general que se lleva a cabo en coordinación con los agentes del sector. La CNE a partir de una recomendación contenida en el «Informe marco sobre la demanda de energía eléctrica y gas natural y su cobertura», aprobado por el Consejo de Administración de la CNE, con fecha 20 de diciembre de 2001 ha implantado los «Informes de seguimiento de las infraestructuras referidas en el informe marco sobre la demanda de energía eléctrica y gas natural y su cobertura»⁹¹⁷. Estos informes, a partir de 2003, tienen carácter semestral. En ellos se reflejan claramente los avances de las inversiones en infraestructuras realizadas en el sector, los retrasos en la construcción de las infraestructuras previstas, así como las nuevas instalaciones propuestas no incluidas en el documento de planificación. Esta labor tiene una gran relevancia, pues introduce transparencia en la información y permite a los actores del sector proyectar y controlar las contrataciones que realizan sobre las infraestructuras del sistema proporcionando, por ejemplo, información actualizada y precisa sobre el retraso en la construcción de las instalaciones. Esto les permite gestionar mejor sus necesidades sobre la utilización de las mismas y sobre posibles inversiones. Además de constituir, para la propia CNE, un insumo indispensable para la resolución de conflictos.

En los primeros informes elaborados sobre este tema, la CNE ha puesto de manifiesto un asunto sobre el que ya se ha hecho alguna crítica en el Capítulo tercero de este estudio. Se trata de la necesidad de llevar a cabo un procedimiento concurrencial al efecto de otorgar la autorización de instalaciones⁹¹⁸, aunque por otro lado, también en el

⁹¹⁷ El primero de estos informes fue aprobado por el Consejo de Administración con fecha 11 de febrero de 2002, y a la fecha se elaboran semestralmente. El «Séptimo informe semestral de seguimiento de las infraestructuras referidas en el «Informe marco sobre la demanda de energía eléctrica y gas natural, y su cobertura» ha sido aprobado por el Consejo de Administración de la CNE el 29 de noviembre de 2006.

⁹¹⁸ Básicamente, en los informes de autorización de instalaciones y en las conclusiones y recomendaciones de las distintas ediciones del «Informe Marco», aspecto sobre el que continúa insistiendo. Vid. por todos el «Séptimo informe semestral de seguimiento de las infraestructuras referidas al Informe marco sobre la demanda de energía eléctrica y de gas natural y su cobertura», p. 2-3. No obstante, hay que recordar que el documento «Planificación 2002-2011» elaborado por el MINECO establece que las autorizaciones de las instalaciones calificadas de urgentes pueden ser otorgadas por el procedimiento directo.

Informe marco señaló su preocupación sobre la «dificultad que un retraso o una complejidad excesiva en la tramitación de la autorización de una instalación puede suponer para su promotor y, posiblemente, también para el sistema»; y señaló el descontento existente entre los promotores de instalaciones del sector, por «la lentitud y los dilatados plazos en la tramitación para la obtención de las diferentes autorizaciones administrativas requeridas. Esta circunstancia, en su opinión, dificulta la toma de decisiones así como la coherencia entre las previsiones de crecimiento de la demanda y el dimensionamiento de la infraestructura requerida para satisfacer la misma». Consecuentemente, la CNE recomendaba, «proveer un procedimiento administrativo que facilitase la tramitación de los permisos precisos de modo que se pudiera tender hacia la ventanilla única»⁹¹⁹, y proponía la adopción de plazos más cortos que permitan reducir el tiempo global de autorización de los proyectos y con ello, su mejor adecuación a las previsiones que les han dado origen.

Este es un problema que se ha planteado, puede decirse, desde siempre y que no acaba de ser resuelto. Entre otras cosas hay que considerar que cada Administración territorial o ente administrativo, con competencias asignadas sobre algún aspecto específico del proyecto sobre el que se solicita la autorización, debe cumplir con los requerimientos necesarios para conseguir su objetivo⁹²⁰. La LSH procura la coordinación entre los distintos procedimientos autorizatorios, aunque con ello no se quiere decir que no se pueda mejorar.

c. Sobre los expedientes de autorización de nuevas instalaciones energéticas

Con respecto a la autorización de nuevas instalaciones energéticas, la CNE debe emitir un informe sobre la propuesta de resolución que le es remitida por el Ministerio (art. 5.4

⁹¹⁹ Vid. «Informe marco sobre la demanda de electricidad y gas natural, y su cobertura» aprobado por el Consejo de Administración de la CNE, el 20 de diciembre de 2001, pp. 333-334. Obsérvese que a esta fecha aún no se había realizado el desarrollo reglamentario de la LSH en esta materia para el sector del GN, sin embargo, los procedimientos de autorización se elaboraron de manera muy semejante a los del sector eléctrico sobre los que, fundamentalmente, recaían las quejas del sector.

⁹²⁰ Ello no obsta para que se procure la mayor coordinación entre los procedimientos, cuestión que como ya se observa en alguna legislación ya es objeto de preocupación como se observa en la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación o en la Ley 13/2003, reguladora del Contrato de Concesión de obras públicas.

RCNE). Esta es una de las funciones que, en sus inicios, dio lugar a los primeros informes de la CNE relativos a este sector. Como consecuencia de la desaparición de la publicación del mismo, durante los primeros años de vida de la LSH, una vez que se fueron integrando algunas lagunas de la Ley, (básicamente mediante el RD-L 6/2000) se generó, cual era el propósito de ésta, un aumento en la inversión en este segmento de la cadena de actividades del sector que se ha visto reforzada con la aprobación, un año después, del instrumento de planificación al que se ha hecho referencia en el epígrafe anterior. No obstante, es significativa la situación que se observa a partir de los informes de la CNE sobre este tema, pues la casi totalidad de las autorizaciones que han sido otorgadas hasta la fecha son para esta misma empresa⁹²¹. Y la práctica que se observa a partir del desarrollo reglamentario de la LSH, en cuanto a esta cuestión se refiere, es la revisión por parte de la CNE de la adecuación de las instalaciones a los objetivos de la planificación, sin que pueda realizar más observaciones, ya que en el instrumento de planificación, prácticamente se ha definido hasta el procedimiento por el cual debe aprobarse, dejando de lado la propia regulación contenida en la LSH⁹²².

d. Informe sobre el grado de desarrollo de la competencia.

La DA quinta de la Ley 12/2007 ha añadido un informe anual en el que la CNE debe efectuar un análisis del grado de desarrollo de la competencia en el mercado de hidrocarburos y remitirlo al MITC. En este informe debe incluir las propuestas de reforma regulatoria que considere pertinentes con el fin de reforzar el grado de competencia efectiva en el sector.

⁹²¹ Durante los primeros 8 años de existencia de la CNE, ésta ha informado favorablemente 15 autorizaciones, de las cuales 11 han sido para ENAGAS (A fecha 6 de abril de 2007).

⁹²² Ello podría justificarse en un primer momento, pues la construcción de las instalaciones resultaba urgente para el funcionamiento del sector, no obstante, no debe llegarse al punto de ignorar la LSH en cuanto a la regulación para la autorización de las instalaciones que es muy clara al señalar que se debe aplicar un procedimiento que asegure la concurrencia. Precisamente, el hecho de realizar la planificación de las instalaciones, debería permitir la adecuación de la oportunidad de los procedimientos para otorgar los títulos habilitantes, a la construcción y puesta en funcionamiento de las mismas.

B. Funciones relacionadas con el derecho de la competencia. La CNE y el Servicio de Defensa de la Competencia

Las funciones de la CNE, más directamente relacionadas con la vigilancia de la libre competencia, están contenidas en las disposiciones: duodécima, sobre su papel de vigilante del respeto de los principios de la libre competencia; decimocuarta, de la autorización de participaciones accionariales; y decimoquinta, referida a las operaciones de concentración, todas de la DA11^a. Tercero.1. de la LSH. Y a ellas debe añadirse una cuarta función que le ha sido encomendada por el artículo 34 del RD-Ley 6/2000 relativa a los denominados operadores principales y operadores dominantes del sector. Dada la evolución del proceso de liberalización del sector del GN y la dimensión y configuración iniciales del mismo, las fusiones, operaciones de concentración y adquisición de acciones son relativamente recientes. Al estudio detallado de funciones se dedican los siguientes epígrafes.

a. Velar por el respeto de los principios de la libre competencia

En concordancia con lo establecido en la LDC, la CNE cumple una función instrumental en la vigilancia de la libre competencia. Pues si bien la LSH le atribuye la función de «Velar para que los sujetos que actúan en los mercados energéticos lleven a cabo su actividad respetando los principios de libre competencia», seguidamente añade: «A estos efectos, cuando la Comisión detecte la existencia de indicios de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, lo pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia (SDC)⁹²³, aportando los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, un dictamen de la calificación que le merecen dichos hechos» (DA 11.Tercero.1. Duodécima)⁹²⁴. No obstante, como es bien sabido, son varias las conductas

⁹²³ Estas referencias, se entienden ahora hechas a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y a la Comisión Nacional de la Competencia, de conformidad con la DA quinta de la citada Ley, que en su punto 2. dispone: «Las referencias de la normativa vigente al Tribunal de Defensa de la Competencia y al Servicio de Defensa de la Competencia se entenderán hechas a la Comisión Nacional de la Competencia».

⁹²⁴ Esta redacción clarifica mucho la original, asignada en la LOSEN a la CSEN, que más o menos en los mismos términos le atribuía dicha función sin llegar a concretar los mecanismos o procedimientos para llevarla a cabo.

determinadas en la LDC como restrictivas de la competencia sobre las que la CNE debe estar alerta a efecto de poner en conocimiento de la CNC de tales hechos o actuaciones para que, una vez realizados los procedimientos administrativos establecidos al efecto, sea éste quien determine las medidas correspondientes a tomar, y por lo tanto, debe haber cierta coordinación en sus actuaciones. Sobre este tema hay que señalar que durante la vigencia de la LSH, no se ha reflejado en los informes de la CNE dificultades en torno a la delimitación entre el ejercicio de esta función en el sector del GN y la llevada a cabo por el SDC. Sin embargo, la delimitación de las relaciones entre las autoridades de la competencia y los reguladores sectoriales no es una cuestión pacífica⁹²⁵. Recientemente, la CNE, en su informe al anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia, valoró positivamente los mecanismos de cooperación establecidos en el mismo, que ya se ha convertido en Ley. No obstante, reclama mayor participación en la investigación de los hechos y conductas que pudieran ser constitutivos de prácticas contrarias a la LDC. En su opinión «la complejidad de los sectores energéticos» aconsejan que sea ésta la que se encargue de instruir los procedimientos sancionadores en esta materia⁹²⁶.

En este sentido, la nueva LDC ha establecido que la CNC y los reguladores sectoriales deben cooperar en el ejercicio de sus funciones en los asuntos de interés común y a esos efectos deben transmitirse, de oficio o a instancia del órgano respectivo, la información sobre sus respectivas actuaciones, así como dictámenes no vinculantes en el marco de procedimientos de aplicación de la regulación sectorial. Específicamente, hace referencia a los «actos acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener conocimiento en el ejercicio de sus atribuciones que presenten indicios de ser contrario a esta Ley aportando todos los elementos de hecho a su alcance y uniendo, en su caso, el dictamen correspondiente» (art. 17 a) LDC).

⁹²⁵ Pero debe advertirse que este no es el caso de otros sectores donde por el contrario resulta ser problemática. En este sentido, BACIGALUPO SAGGESE, M., «La coordinación de la Comisión Nacional de la Competencia con los órganos reguladores sectoriales en la nueva Ley de Defensa de la Competencia», en *RAP*, núm. 174, septiembre-diciembre, 2007, pp. 401-402.

⁹²⁶ Informe de la CNE sobre el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia, de 9 de marzo de 2006. La cita proviene del comentario al art. 19 de ese anteproyecto presentado por el Gobierno el 1 de septiembre de 2006 ante el Congreso de los Diputados que en la Ley publicada en el BOE de 4 de julio de 2007, pasa a ser el art. 17.

En el ejercicio de esta función, la CNE remitió al entonces SDC un escrito de denuncia mediante el que le comunicaba la existencia de supuestas conductas prohibidas, por el artículo 6 de la LDC, consistentes en un supuesto abuso de la posición de dominio del Grupo Gas Natural Comercializadora S. A, mediante la obstaculización, por vía contractual, del acceso de terceros a la capacidad de regasificación del mercado. Esta denuncia concluyó con la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 16 de junio de 2005, por la que se declara «que el Grupo Gas Natural ha incurrido en una práctica prohibida por el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia y por el artículo 82 del Tratado de la Unión Europea, por haber obstaculizado por vía contractual el acceso de terceros a la capacidad de regasificación, acceso esencial para el suministro de gas natural en el mercado español»⁹²⁷.

⁹²⁷ El día 27 de julio de 2001, ENAGAS S. A. y Gas Natural Comercializadora, S. A., firmaron un contrato a largo plazo de prestación de servicio de regasificación de GNL, (que fue modificado el 31 de marzo de 2003). El objeto de este contrato era reservar a Gas Natural Comercializadora, S. A., una determinada capacidad de regasificación en las plantas propiedad de ENAGAS –las únicas tres existentes en ese momento en la Península-. En virtud de dicho contrato, durante el año 2002, ENAGAS contó con una capacidad de gas regasificadora superior a la que necesitaba para atender las necesidades del mercado regulado quedando el exceso sobrante en manos de Gas Natural Comercializadora, S. A., en lugar de ponerse a disposición de todos los agentes autorizados en igualdad de condiciones, a esto se denominó mecanismo de deslizamiento». En la fecha de la firma del contrato ambas empresas eran propiedad 100% de la empresa matriz Gas Natural, SDG. A raíz de estos hechos que el TDC consideró probados, impuso a Gas Natural, SDG una multa de ocho millones de euros por considerar que la empresa abusó de su posición de dominio en el mercado de oferta de las instalaciones e infraestructuras. (Exp. 580/04, Gas Natural). Sobre esta Resolución vid. LUCAS TOBAJAS, A. B., «Comentario a la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia 540/02 relativa a la declaración de abuso de posición de dominio de gas natural», en *RGDA*, núm. 5, IUSTEL, Madrid, 2004, p.15. Esta resolución ha sido recurrida en la Audiencia Nacional, que mediante Sentencia de 13 de marzo de 2007, ha estimado el recurso contencioso interpuesto por Gas Natural, SDG contra la resolución del TDC, anulando la sanción impuesta. Según se establece en el FJ Séptimo: «En este sentido resulta determinante, como ha tenido ocasión de poner de relieve recientemente el Tribunal Supremo (STS de 20 de junio de 2006) que la conducta que se considere abuso de posición dominante conduzca a la configuración de un mercado cautivo imponiendo a los competidores, como barreras de entrada, la necesidad de acometer gastos que hicieran inviable o seriamente gravosa su respuesta comercial.

En la resolución impugnada hay muy pocas referencias a esta cuestión, limitándose a señalar que el proceso liberalizador se vería en peligro, con tres grupos de agentes especialmente perjudicados (consumidores finales, que verían limitadas sus posibilidades de elección de suministrador, comercializadores competidores, que verían obstaculizada su entrada en el mercado; aprovisionadores, puesto que la contratación de capacidad de entrada constituye un trámite necesario para la contratación de aprovisionamientos de gas en origen).

El énfasis en estos datos no puede llevar a olvidar, sin embargo, que el Tribunal de Defensa de la Competencia no dio el suficiente relieve a un dato de hecho que era determinante, a saber, que ninguna empresa Comercializadora de gas tuvo problemas de acceso a capacidad de regasificación que se derivara del mecanismo deslizante establecido en el contrato de 21 de julio de 2001, ya que, de hecho, la capacidad de regasificación contratada por los demás operadores se multiplicó por tres en los años 2002 y 2003 y la media de utilización efectiva de dicha capacidad fue del 80% durante esos mismos años.».

También relacionados con el derecho de la competencia se tratan a continuación dos aspectos específicos que inciden directamente sobre el ejercicio de la libre competencia, y por tanto sobre la función de vigilancia de ésta, que han sido reguladas de forma separada en la LSH, no sólo por su regulación posterior sino también por su relevancia.

b. Autorización de adquisición de participaciones. Supuestos y causas de denegación.

La función contenida en la DA 11ª tercero.1 decimocuarta de la LSH relativa a la autorización que debe otorgar la CNE, requerida para la adquisición de participaciones por sociedades en determinadas condiciones, que se estudian a continuación, es una de las que más polémica ha causado. Esta función, que ya estaba contenida en la LSH en su redacción original⁹²⁸, ha sido modificada por el RD-Ley 4/2006, de 24 de febrero. Mediante dicha reforma se amplían los supuestos en los que se requiere autorización y se hace extensiva la restricción no sólo a la actividad de la sociedad que toma la participación sino también a la actividad de la sociedad participada⁹²⁹. Esto se explica según su exposición de motivos, por: «Las tendencias de concentración empresarial en los mercados energéticos mundiales y europeos han puesto de relieve determinadas insuficiencias en la legislación vigente. Insuficiencias que tienen al menos una doble faceta: por una parte, no se contemplan todos los intereses cuya proyección por los poderes públicos parece conveniente; por otra, no somete a simétrica consideración las operaciones cualquiera que sea el agente promotor de las mismas. Así, conforme a la legislación vigente, no resulta posible examinar en todos los supuestos la adquisición

⁹²⁸ Esta disposición encuentra su antecedente en el art. 8 de la LOSEN, función decimoquinta: «velar para que los sujetos que realicen las actividades previstas en el Sistema Eléctrico Nacional las lleven a cabo sin prácticas restrictivas de la competencia o abusivas de la situación de dominio en el mercado» y más específicamente en el artículo 14.5 exigía la aprobación de la CSEN para todas las «participaciones realizadas por sociedades con actividades de naturaleza mercantil, así como las transacciones económicas entre sociedades del mismo grupo cuando afecten a una sociedad que desarrolle estas actividades. Sólo podrán denegarse las autorizaciones como consecuencia de la existencia de riesgos significativos o efectos negativos, directos o indirectos, sobre las actividades reguladas en esta Ley, pudiendo por estas razones dictarse autorizaciones que expresen condiciones en las cuales pueden realizarse las mencionadas operaciones.»

⁹²⁹ Al respecto, SERRANO GONZÁLEZ, M., «Naturaleza y funciones de la Comisión Nacional de Energía», en *Energía del monopolio al mercado. CNE, diez años en perspectiva*. CNE-Thomson- Civitas, Navarra, 2006, p. 400.

del control de unas empresas por otras, en la medida que afecten a intereses de la política energética española y, en particular, a la seguridad pública». Así se justificó su carácter de extrema y urgente necesidad de la polémica reforma.

Según la redacción dada por el RD-Ley 4/2006 a la DA11^a.Tercero.1.decimocuarta de la LSH, la función comprende tres supuestos que están relacionados con las actividades reguladas. Se requerirá autorización de la CNE: en primer término, siempre que se trate de la adquisición de participaciones realizadas por sociedades con actividades que tienen la consideración de reguladas o que estén sujetas a una intervención administrativa que implique una relación de sujeción especial. En el sector en estudio, la norma hace alusión específica a las actividades de almacenamiento o de transporte de GN por medio de gasoductos internacionales que tengan como destino o tránsito el territorio español⁹³⁰ (decimocuarta.1).

En segundo lugar, cuando se pretenda la adquisición de participaciones en un porcentaje superior a un 10 por 100 del capital social o cualquier otro que conceda «influencia significativa», realizada por cualquier sujeto en una sociedad que, por sí o por medio de otras que pertenezcan a su grupo de sociedades, desarrolle alguna de las actividades mencionadas antes⁹³¹.

Finalmente, en el supuesto de que se adquirieran directamente los activos precisos para desarrollar las citadas actividades. En este caso, podría suceder que se solapen dos autorizaciones ya que el procedimiento de autorización de la transmisión de instalaciones, no sólo incluye un informe preceptivo a cargo de la CNE, cuando se trata de instalaciones de competencia estatal, sino que determina la necesidad de una

⁹³⁰ Sobre este tema, vid. Resoluciones de la CNE sobre la solicitud de NATURGAS y NATURCORP, sociedades reguladas que realizan la actividad de transporte de gas natural, para fusionarse por absorción en una única sociedad, de 11 de mayo de 2006; y antes de la reforma, Resolución de la CNE sobre la solicitud de NATURCORP REDES, S.A.U., para la adquisición de [...] Gas Hernani, S. A., representativas del [...] del capital social, de 2 de febrero de 2006.

⁹³¹ En opinión de la CNE, la justificación del control sobre la en la toma de participaciones reside «en evitar que el patrimonio de una sociedad regulada pueda ser destinado a actividades empresariales distintas pudiendo con ello generar riesgos significativos o efectos negativos en dichas actividades reguladas. Resolución de la CNE sobre la solicitud de NATURCORP participaciones, S.L.U. para la adquisición de 4640 acciones de BILBOGAS, representativas del 50% del Capital Social, de 27 de abril de 2006, p. 5.

autorización administrativa de transmisión de la titularidad de las instalaciones, según se vio en el capítulo tercero.

La misma reforma añade a las establecidas en la DA 11ª Tercero.1.Decimocuarta, algunas causas de denegación de la autorización o de imposición de condiciones que dispone en cuatro incisos: El inciso a) hace referencia a una causa que ya se encontraba en la regulación original de la LSH: «La existencia de riesgos significativos o efectos negativos, directos o indirectos, sobre las actividades reguladas». La segunda causa –inc b- tiene carácter amplio : «La protección del interés general en el sector energético, y en particular, la garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de la política sectorial, con especial afección a activos considerados estratégicos»; la misma norma define como activos estratégicos «aquellos que puedan afectar a la garantía y seguridad de los suministros de gas», especificando para el caso del sector del GN: las instalaciones incluidas en la red básica de GN, según la delimita la LSH, y los gasoductos internacionales que tengan como destino o tránsito el territorio español. En tercer lugar, el inc. c) se refiere al supuesto en que exista la posibilidad de que la entidad que realice las actividades reguladas u objeto de sujeción especial, quede expuesta a no poder desarrollarlas con garantías como consecuencia de cualesquiera otras actividades llevadas a cabo por la entidad adquirente o por la adquirida. Finalmente, el inc. d), de manera amplia dispone: «cualquier otra causa de seguridad pública y, en particular: 1º la seguridad y la calidad del suministro, entendidas como la disponibilidad física ininterrumpida de los productos o servicios en el mercado a precios razonables en el corto o largo plazo para todos los usuarios, con independencia de su localización geográfica; así como: 2º La seguridad frente al riesgo de una inversión o de un mantenimiento insuficientes en infraestructuras que no permitan asegurar, de forma continuada, un conjunto mínimo de servicios exigibles para la garantía de suministro».

Esta función es concurrente con la requerida a los efectos del Derecho de la Competencia⁹³². En cuanto a los requisitos formales, el nuevo apartado 3., de la DA

⁹³² El prof. BACIGALUPO SAGESSE, M., ha puesto de manifiesto el problema existente en relación con la ausencia de un mecanismo de coordinación «entre la autorización de competencia y la autorización (concurrente) del regulador sectorial (CNE)», que ha provocado una confusión entre ambas funciones. en «Coordinación...», op. cit., p. 413.

11^a.Tercero.1 Decimocuarta, establece claramente que la autorización debe ser solicitada a la CNE con anterioridad a la adquisición de las acciones, de manera que, ésta sólo será válida una vez obtenida la autorización. En el supuesto específico de que la adquisición se produzca por medio de una oferta pública de adquisición de acciones, el adquirente debe obtener la autorización con carácter previo a la autorización de la oferta, conforme a la normativa del mercado de valores⁹³³.

⁹³³ La DT única de el RD-Ley 4/2006 estableció lo relativo a las operaciones pendientes de ejecución: «Lo establecido en el presente RD-Ley será de aplicación a todas las operaciones de adquisición subsumibles en el supuesto de hecho previsto en el apartado Decimocuarta (...) en la redacción dada mediante la presente norma, que se encuentren pendientes de ejecución a la entrada en vigor de la misma, salvo que con anterioridad ya hubieran obtenido la autorización de la Comisión Nacional de Energía...» Éste, como es bien sabido, era el caso de la OPA de EON sobre ENDESA. A raíz de esta reforma legal, la Comisión Europea determinó el inició un procedimiento de infracción contra España por considerar que los poderes otorgados a la CNE para conceder o denegar las autorizaciones de adquisición de participaciones, restringen indebidamente la libertad de circulación de capitales (art. 56 del TCE) y el derecho de establecimiento (art. 43 del TCE). La Comisión, en conformidad con el artículo 226 del TCE, envió una «carta de emplazamiento» que debía ser respondida en el plazo de dos meses (IP/06/569). Con fecha de 26 de septiembre de 2006, la Comisión Europea instó a España, mediante «dictamen motivado», a modificar la Ley 4/2006, otorgando el plazo de 2 meses establecido por el TCE para responder satisfactoriamente a la Comisión (IPP/06/1264), y a retirar las condiciones que impuso a la oferta de EON sobre ENDESA, por considerar que infringían el artículo 21 del Reglamento de concentraciones comunitario, básicamente por dos motivos. En primer lugar, por no haberse realizado la comunicación previa a la Comisión Europea de la decisión adoptada por CNE en la que se imponen las restricciones y, por tanto, por haber entrado en vigor sin haberse realizado dicha comunicación. Sin embargo, las autoridades españolas no adoptaron ninguna medida en este sentido. Seguidamente, la Comisión remitió a España una primera carta de emplazamiento el 18 de octubre de 2006 (véase IP/06/1426). En su respuesta a esta carta de emplazamiento, las autoridades españolas remitieron la Resolución ministerial de 3 de noviembre de 2006 en la que se modificaba la decisión de la CNE en los siguientes aspectos: se retiraban algunas de las condiciones impuestas por la CNE; se reducía la duración o el alcance de otras condiciones; se aclaraban los requisitos de determinadas condiciones; y se modificaban o sustituían otras condiciones mediante la imposición de «nuevos requisitos» para la adquisición del control de Endesa por parte de E.O.N. En cuanto a los «nuevos requisitos» introducidos en la resolución ministerial, la Comisión Europea, mediante Decisión de 20 de diciembre de 2006, declaró algunos de ellos incompatibles con el artículo 21 del Reglamento de Concentraciones e instó nuevamente a España a que los retirara antes del 19 de enero de 2007. Posteriormente, el 1 de febrero de 2007, la Comisión remitió una segunda carta de emplazamiento (vid IP/07/116) en la cual requería a España que explicara por qué no había retirado completamente las condiciones declaradas incompatibles con la legislación comunitaria por las decisiones de 26 de septiembre y de 20 de diciembre. En lo que respecta a la Decisión de 26 de septiembre, en particular, la Comisión concluía que la reducción de la duración y del alcance de algunas condiciones y las aclaraciones introducidas por la resolución ministerial no eran suficientes para cumplir plenamente la Decisión. En las respuestas de las autoridades españolas a ambas cartas de emplazamiento, la de octubre y la de febrero, no se informaba a la Comisión de la retirada de las medidas ilegales. Por tanto, el 7 de marzo de 2007, la Comisión adoptó un dictamen motivado instando formalmente a España a que cumpliera lo dispuesto en las dos decisiones con arreglo al artículo 21 retirando las condiciones que habían sido declaradas ilegales en el plazo de siete días laborables (IP/07/296). Las autoridades españolas respondieron al dictamen motivado el 16 de marzo, pero la Comisión consideró que el Gobierno español, para esa fecha, no había retirado aún las medidas ilegales y decidió llevar el caso ante el TJCE (IP/07/82). Sobre este tema, DEL GUAYO CASTIELLA, I., HANCHER, L, y, LÓPEZ MILLA, J., *Competencia y regulación. Un análisis de la OPA de GAS NATURAL sobre ENDESA*, Ed. Dilex S.L., Madrid, 2006, p. 230.

Esta función había sido reglamentada, según la redacción original de la LSH, en el artículo 18 del RCNE, que ha quedado desactualizado e incompleto en cuanto a la relación de supuestos que requieren autorización y a las posibles causas de denegación de la misma, respecto de la última reforma introducida por el artículo único del RD-Ley 4/2006. Y pese a la reciente reforma realizada al RCNE mediante RD 1204/2006, de 20 de octubre, no se ha aprovechado para actualizarlo por lo que hay que ir directamente a la redacción de la LHS. No obstante, continúan vigentes las reglas procedimentales establecidas en éste, que disponen que la CNE debe resolver sobre la solicitud de autorización en el plazo máximo de un mes. Transcurrido dicho plazo, sin que haya sido emitida resolución expresa, se entenderá concedida la autorización. Además, estipula la obligación de la CNE de comunicar al MITC las resoluciones que adopte en el ejercicio de dicha función (art. 18.2 y 3. RCNE).

c. Informar sobre las operaciones de concentración de empresas o toma de control de una o varias empresas energéticas.

Esta es una función de carácter consultivo. La CNE debe informar, con carácter preceptivo, sobre las «operaciones de concentración de empresas o sobre la toma de control de una o varias empresas energéticas por otra que realice actividades en el mismo sector cuando las mismas hayan de ser sometidas al Gobierno para su decisión, de acuerdo con la legislación vigente en materia de competencia»⁹³⁴ (DA 11ª.Tercero.1.Decimoquinta). Ya el RD-Ley 6/2000, en su exposición de motivos, señaló que: «el aumento del número y la trascendencia de los casos de concentraciones aconseja la adopción de nuevos mecanismos que refuercen el sistema de control y eficacia mismo». Con este fin reformó los artículos 15, 15 bis, 16 y 17 de la LDC para

⁹³⁴ Como ha puesto de manifiesto CALLOL GARCÍA, P., «A través del control de concentraciones, las Autoridades de Defensa de la Competencia tienen la oportunidad de analizar caso por caso las operaciones de concentración de cierta cuantía o importancia económica con anterioridad a la consumación de la concentración. Mediante la técnica de los remedios o compromisos, puede llegar a acordarse la ejecución de medidas estructurales, tales como desinversiones, que compensen los aumentos de poder de mercado resultantes de la concentración. La técnica de los compromisos en los procedimientos de control de concentraciones dota por tanto a la Administración del Estado de un potente instrumento para influir sobre la propiedad de las empresas energéticas», en «Intervención administrativa en la propiedad de empresas energéticas. Desinversiones en el marco del control de concentraciones, el artículo 34 del Real Decreto Ley 6/2000 y otras medidas legislativas», *Derecho de la Energía*, op.cit. p. 188.

agilizar el procedimiento establecido, introduciendo «la suspensión de la ejecución de la operación hasta que la misma no sea autorizada» y reduciendo los plazos de tramitación del expediente⁹³⁵.

Por otro lado, la LDC, en el marco de los mecanismos de coordinación con los órganos reguladores sectoriales, ha duplicado, en términos genéricos, la regulación de esta función al señalar en su artículo 17 c): «La Comisión Nacional de la Competencia solicitará a los reguladores sectoriales la emisión del correspondiente informe no vinculante en el marco de los expedientes de control de concentraciones de empresas que realicen actividades en el sector de su competencia».

d. Limitación a la participación en más de un «operador principal» y de un «operador dominante»

Esta función, que no está entre las establecidas en la LSH, le fue asignada a la CNE por el artículo 34 RD-Ley 6/2000, y no ha estado exenta de modificaciones -primero por la DA 13ª de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, y después por el artículo 14 del RD-Ley 5/2005-. El objetivo de la norma está claramente expresado en la exposición de motivos que señala que con esta regulación se «pretende prevenir la coordinación de comportamientos competitivos de operadores de determinados mercados en proceso de liberalización derivada de la presencia de accionistas comunes». Por tanto, se trata de una tarea específica más, referida a la limitación de participación en más de uno de los denominados «operadores principales» de acuerdo con determinados supuestos, condiciones y mercados.

Este es un procedimiento reglado no obstante, la CNE ha tenido que realizar una labor de interpretación de algunas normas para efectuar su aplicación⁹³⁶. La CNE remite

⁹³⁵ Vid. Informe de la CNE a petición de la Dirección General de Defensa de la Competencia sobre el proyecto de concentración consistente en la adquisición del control exclusivo sobre GAS HERNANI, S. A., y GAS PASAIA, S. A., por parte de NATURGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A.U, de 26 de enero de 2006; y, sobre el proyecto de concentración consistente en la adquisición del control exclusivo sobre la compañía Distribuidora de Gas de Bilbao (BILBOGAS, S. A.) por parte de NATURCORP participaciones, S.L.U., de 30 de marzo de 2006.

⁹³⁶ En un primer momento, publicó el documento: «Criterios empleados por la CNE para la aplicación del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000 a los sectores energéticos. Publicidad de las listas de operadores principales», aprobado por el Consejo de Gobierno de 11 de septiembre de 2001. Y en adelante, se ha

anualmente los requerimientos de información a los agentes que operan en el mercado de hidrocarburos gaseosos con el fin de recabar la información necesaria para elaborar la relación de operadores principales y dominantes⁹³⁷.

i. La definición de operadores principales y dominantes, y de los mercados o sectores a los que se aplica el artículo 34 del RD-Ley 6/2000.

En primer término, es necesario delimitar en qué mercados o sectores del SG se deben aplicar las limitaciones. Al respecto, de conformidad con la modificación introducida por el artículo decimoctavo del RD-Ley 5/2005, la normativa se aplica a los mercados o sectores de «Producción y suministro de gas natural». Con anterioridad a esta reforma se incluían los mercados de «producción, transporte y distribución de hidrocarburos gaseosos». En cualquier caso, el Gobierno se reserva la posibilidad de modificar la relación de mercados o sectores, mediante real decreto.

Sobre la delimitación del ámbito geográfico de los mercados de referencia para el sector del GN, dado que el artículo 34 no contiene ninguna previsión al respecto, la CNE ha determinado como mercado relevante geográfico el mercado nacional. De la misma manera que lo hace de manera global para el sector y no para cada una de las actividades⁹³⁸.

dado a la tarea de interpretar el espíritu de la norma y delimitar ciertos parámetros relevantes de los mercados energéticos, ante la ausencia de previsiones necesarias para su determinación. por considerar que de lo contrario el espíritu de la norma se vería frustrado.

⁹³⁷ Vid. Resolución de la CNE por la que se establecen y hacen públicas, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 34 y en la Disposición Adicional tercera del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, las relaciones de operadores principales y dominantes en los sectores energéticos de 16 de febrero de 2006. p. 13-15, (BOE de 10 de marzo de 2006). Sobre este tema, puede verse, SÁNCHEZ LÉPINETTE, T., «Las medidas estructurales de fomento de la competencia: análisis del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000 de 23 de junio» en *Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia*, núm. 216, 2001, pp. 53-65; DEL GUAYO CASTIELLA, I., y ARIÑO ORTIZ, G., «Liberalización y competencia en el sector del gas. Balance y resultados 1998-2003» en *Privatizaciones y liberalizaciones en España: Balance y resultados*, t. II, Fundación de Estudios de Regulación, COMARES, Granada, 2004, pp. 105-114.

⁹³⁸ Resolución de la CNE, por la que se establecen y hacen públicas, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 34 y en la DA Tercera del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, las relaciones de operadores principales y dominantes en los sectores energéticos, de 25 de abril de 2007, p. 12.

Adicionalmente, la CNE ha considerado la actividad de suministro como «aquella que incluye tanto el suministro a tarifa como en el mercado libre». Ello, tomando como referencia, también para el sector del GN, el artículo 44 de la Ley 54/1997 que define el suministro como la entrega de energía a través de redes de transporte o distribución (...)». Es decir la acepción más amplia del término.

La definición de «operador principal» se encuentra en la propia norma que dispone que lo será: «cualquiera que, teniendo la condición de operador de dichos mercados o sectores, ostente una de las cinco mayores cuotas del mercado o sector en cuestión»⁹³⁹ (RD-Ley 6/2000 art. 34.dos). No obstante, la CNE ha ido definiendo algunos parámetros necesarios para su determinación.

Por otra parte, el artículo decimonoveno del RD-Ley 5/2005 introdujo una DA tercera al RD-Ley 6/2000 en la que incluyó una nueva figura, la del «operador dominante» en los mercados o sectores energéticos: «toda empresa o grupo empresarial, definida según lo establecido en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que tenga una cuota de mercado superior al 10 por ciento»; en lo que aquí interesa en el sector de «d) Producción y suministro de gas natural» disponiendo además la publicación a cargo de la CNE del listado de operadores dominantes.

ii. Límites a la participación aplicación y excepciones

Los límites a la participación están referidos a los operadores principales en relación con el ejercicio de los derechos de voto y a la designación de Consejeros y se definen en los siguientes términos.

En primer lugar, ninguna persona física o jurídica que, directa o indirectamente, participe en el capital o en los derechos de voto de dos o más sociedades que tengan la condición de operador principal en un mismo mercado o sector, en una proporción igual

⁹³⁹ Esta redacción ha sido introducida por el RD-Ley 5/2005. El texto original decía: «Las personas físicas o jurídicas que, directa o indirectamente, participen en el capital de dos o más sociedades que tengan la condición de operador principal en un mismo mercado o sector de entre los que se señalan en el párrafo siguiente en una proporción superior al 3 por 100 del total del capital o de los derechos de voto, no podrán ejercer los derechos de voto correspondientes al exceso respecto de dicho porcentaje, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado tercero del presente artículo».

o superior al 3% del total, podrá ejercer los derechos de voto correspondientes al exceso respecto de dicho porcentaje en más de una entidad.

Ninguna persona física o jurídica que tenga la condición de operador principal en un mercado o sector podrá ejercer los derechos de voto correspondientes a una cuota de participación superior al 3% del total en el capital o en otros valores que confieran derechos políticos de otra sociedad que tenga la misma condición en un mismo mercado o sector.

Ninguna persona física o jurídica podrá designar, directa o indirectamente, miembros de los órganos de administración de más de una sociedad que tenga la condición de operador principal en el mismo mercado o sector.

Igualmente ninguna persona física o jurídica que tenga la condición de operador principal en un mercado o sector de producción o suministro de gas natural, podrá designar directa o indirectamente miembros de los órganos de administración de sociedades que tengan la condición de operador principal en el mismo mercado o sector.

A los efectos antes señalados se considerarán poseídas o adquiridas por una misma persona física o jurídica las acciones, participaciones u otros valores poseídos y adquiridos por las entidades pertenecientes a su mismo grupo tal y como este se define en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, así como los poseídos o adquiridos por las demás personas que actúen en nombre propio pero por cuenta de aquélla, de forma concertada o formando con ella una unidad de decisión⁹⁴⁰.

⁹⁴⁰ De acuerdo con la misma norma: «Se presume que actúan por cuenta de una persona jurídica o de forma concertada con ella en los siguientes supuestos: a) Entre las personas jurídicas entre las que medie cualquier pacto o acuerdo de participación recíproca en el capital o en los derechos de voto; b) Entre las personas físicas o jurídicas entre las que se haya celebrado cualquier género de acuerdo o pacto con el fin de adoptar o bloquear actuaciones que puedan influir significativamente en la estrategia competitiva de una sociedad en la que participen directa o indirectamente; c) Entre accionistas o titulares de derechos de voto de una entidad que puedan controlar una sociedad mediante el ejercicio común de sus derechos de voto, por existir entre ambos intereses comunes que favorezcan una acción conjunta para evitar el perjuicio mutuo o para la consecución de un beneficio común al ejercer sus derechos sobre la sociedad participada; d) Entre sociedades matrices o dominadas de grupos de empresas competidoras entre las que existan intereses cruzados; e) Entre accionistas o titulares de derechos de voto en los que haya concurrido alguna de las anteriores circunstancias en el pasado de manera que pueda entenderse subsistente algún interés común. En todo caso se tendrá en cuenta tanto la titularidad dominical de las acciones y demás valores como los derechos de voto que se disfruten en virtud de cualquier título» (Art. 34 apdo. 3).

En todos los supuestos se admite prueba en contrario, cuestión relevante dada la amplitud de los supuestos.

De manera que las personas físicas o jurídicas a las que se impute tanto el exceso referido, como la designación de miembros de órganos de Administración en más de un operador principal, están obligadas a comunicarlo a la CNE en el plazo de un mes desde que se produzca la referida circunstancia⁹⁴¹. De igual manera, deben comunicar cuál es la sociedad respecto de la que se pretende ejercer los derechos de voto sin restricción alguna. Transcurrido el plazo sin que se haya realizado la comunicación quedan suspendidos «en cuanto al exceso del 3 por 100 los derechos de voto de todas las sociedades participadas, en su caso, la condición de miembros del órgano de administración de todas las sociedades que tengan la condición de operador principal de un mismo mercado o sector y que hayan sido designados por una misma persona» (art. 34.Cuatro).

Las prohibiciones no se aplican «cuando se trate de sociedades matrices que tengan la condición de operador principal respecto de sus sociedades dominadas en las que concurra la misma consideración, siempre que dicha estructura venga impuesta por el ordenamiento jurídico o sea consecuencia de una mera retribución de valores o activos de un mismo grupo» (art. 34.Uno).

El incumplimiento de las restricciones impuestas respecto del ejercicio de los derechos de voto correspondientes, que no haya sido debidamente autorizada por la CNE, según el procedimiento que se estudia a continuación, se considera infracción muy grave y se sancionará con multa de hasta 50 millones de pesetas sin perjuicio de la suspensión automática referida. Se considerarán responsables de las infracciones las personas físicas o jurídicas que adquieran las participaciones o designen miembros en los órganos de administración en contra de las exigencias señaladas.

⁹⁴¹ En opinión de CALLOL GARCÍA, P., la efectividad del art. 34 del RS-Ley 6/2000: «radica en la imposición de umbrales cuantitativos con carácter *ex ante*. En cierto sentido, el RDL 6/2000 se superpone a los mecanismos de control de concentraciones (y de hecho tiene su origen en éstos). Pero (...) opera de manera distinta al objetivar a priori y con absoluta precisión, ciertos criterios cuantitativos. «Intervención administrativa...», op. cit., p. 189. En el mismo sentido, VÁZQUEZ LÉPINETTE, T., «Las medidas estructurales de fomento de la competencia; análisis del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio», en *Gaceta Jurídica*, núm. 216, 2001, p. 53.

iii. La función de la CNE. El procedimiento de autorización

La función de la CNE, en relación con el sector del GN y la normativa que se analiza, consiste en primer término en ser receptores y depositarios de las comunicaciones que, de acuerdo con el artículo 34.cuatro de la Ley 6/2000, deben realizar todas las personas físicas o jurídicas a las que se les impute el exceso referido antes. Así como las comunicaciones de las empresas que deban designar miembros de órganos de administración en más de un operador principal, definiendo la sociedad respecto de la cual se pretende ejercer los derechos de voto; o, la designación de miembros del órgano de administración sin restricción alguna.

La comunicación referida debe hacerse en el plazo de un mes desde que se produzca la referida circunstancia. Transcurrido dicho plazo sin que se haya efectuado la comunicación «quedarán suspendidos en cuanto al exceso del 3% los derechos de voto de todas las sociedades participadas o, en su caso, la condición de miembros del órgano de administración de todas las sociedades que tengan la condición de operador principal en un mismo mercado o sector y que hayan sido designados por una misma persona». En ningún caso podrá optarse por ejercer los derechos de voto en una de las sociedades que tengan la condición de operador principal y designar miembros en el órgano de administración de otra u otras que tengan tal condición en el mismo mercado o sector.

En segundo lugar, la CNE debe autorizar el ejercicio de derechos de voto correspondientes al exceso dentro de las participaciones o la designación de miembros de órganos de administración, siempre que ello no implique riesgo de coordinación de sus comportamientos ni favorezca el intercambio de información estratégica entre operadores (art. 34.cinco). Además, debe hacer pública, anualmente, por medios telemáticos, la relación de los operadores principales⁹⁴².

⁹⁴² Desde el año 2001, dando cumplimiento a lo estipulado en el artículo 34 del RD-Ley 6/2000, la CNE ha publicado, durante los 4 primeros años, la relación de operadores principales y, en 2006 y 2007, de operadores dominantes y principales. La última resolución de la CNE por la que se establecen y hacen públicas las relaciones de operadores principales y dominantes en los sectores energéticos fue aprobada el 25 de abril de 2007.

Finalmente, tiene atribuida la competencia para instruir los expedientes sancionadores en caso de vulneración de las restricciones establecidas. Además esta facultada para ejercer las acciones tendentes a hacer efectivas las limitaciones anteriormente descritas, aunque la competencia para imponer las sanciones corresponde al Ministro del MITC.

El procedimiento de autorización ha sido desarrollado por el RD 1232/2001, de 12 de diciembre, cuya DF primera habilita a la CNE para dictar circulares con el propósito específico de determinar el contenido mínimo al que debe ajustarse la solicitud de autorización referida y la documentación necesaria que debe acompañarse.

Este Reglamento 1232/2001 se aplica al otorgamiento, modificación y extinción de las autorizaciones administrativas requeridas según las disposiciones antes señaladas. En cuanto al tratamiento de los datos que se proporcionan al hacer la solicitud de autorización, según el citado Reglamento, las personas físicas o jurídicas que incurran en alguna de las prohibiciones referidas podrán, previa justificación, indicar qué parte de los datos e informaciones suministrados consideran de trascendencia comercial e industrial, y cuya difusión podría perjudicarles y para la que reivindican la confidencialidad. La CNE debe resolver de forma motivada sobre la información que esté exceptuada del secreto comercial o industrial y sobre la amparada por la confidencialidad. Mientras la CNE no haya adoptado la decisión respectiva, la información debe ser tratada como confidencial.

La resolución de estos procedimientos debe ser siempre motivada. El plazo máximo para notificarla es de cuatro meses. La CNE puede subordinar el otorgamiento y la vigencia de la autorización al cumplimiento de determinadas condiciones cuyo incumplimiento se considerará infracción muy grave, e implicará la extinción automática de su eficacia, dando lugar, cualquier ejercicio de derechos, a la incoación del respectivo expediente sancionador. Se consideran responsables de las infracciones las personas físicas o jurídicas que adquieran las participaciones o designen miembros en los órganos de administración. La CNE está obligada, en estos casos, a dar publicidad de la extinción de la autorización (art. 34.Seis RD 6/2000 y art. 7 RD 1232/2001).

La persona o personas autorizadas quedan obligadas a comunicar a la CNE, en el plazo máximo de 10 días, cualquier variación en los presupuestos de hecho que dieron lugar a su otorgamiento. En caso contrario, la CNE está habilitada para iniciar de oficio dicho procedimiento de modificación al conocer la existencia de dicha variación si la misma no le es comunicada en plazo. De igual forma, debe incoar el procedimiento administrativo sancionador en el caso de que existiendo una variación se ejerciten los derechos de voto o se designen miembros de órganos de administración aún no autorizados. De acuerdo con el artículo 8 del RD 1232/2001: «Durante el tiempo que medie entre el momento en que se produzca la variación referida en el apartado anterior y el pronunciamiento expreso de la CNE, o en su defecto, el transcurso del plazo de 4 meses para la notificación de la resolución de autorización, los efectos de la autorización previamente concedida no se extenderán a las nuevas adquisiciones de acciones u otros valores que confieran derechos de voto o de designación de miembros en el órgano de administración. A estos efectos, la persona o personas autorizadas deberán abstenerse de ejercitar los derechos de voto en un porcentaje superior al previamente autorizado. En el caso de que se hubiese autorizado la designación de miembros del órgano de administración, la persona o personas que pudieran designar nuevos miembros deben abstenerse de hacerlo». Tanto las infracciones como las sanciones prescriben a los tres años.

El reglamento establece como causas de extinción de las autorizaciones: la renuncia del titular, la desaparición de las circunstancias que motivaron su otorgamiento, el incumplimiento de las condiciones impuestas por la CNE, y el incumplimiento de la obligación de comunicación de la variación de los presupuestos de hecho que determinaron su otorgamiento (art. 9 RD 1232/2001).

C Función de resolución de conflictos

En cuanto respecta al SG la resolución de conflictos, tanto de acceso de terceros a las redes como de gestión técnica del sistema, es una de las funciones principales de la CNE, en la medida en que están directamente relacionadas con el funcionamiento de las redes y la figura del GrTS.

Huelga decir que en la tramitación de estos conflictos deben respetarse los principios generales de procedimientos previstos en la LRJPAC. La iniciación y tramitación del procedimiento corresponde a los órganos que resulten competentes de acuerdo con el Reglamento de Régimen Interior de la CNE (arts. 14.1 y 16.1 RCNE).

a. Conflictos relacionados con la gestión técnica del sistema

Esta función está establecida en la DA 11^a. Tercero.3 de la LSH y el artículo 14 del RCNE. De acuerdo con las citadas normas la CNE debe resolver todas las cuestiones que le sean planteadas en relación con los conflictos sobre la gestión del sistema del GN a petición de cualquiera de las partes afectadas. La norma legal no le atribuye competencia en relación con los conflictos relacionados con la gestión económica, como sí sucede con el sector eléctrico (DA 11^a 2. Segunda)⁹⁴³.

Este tipo de conflictos, puede decirse que son más bien recientes, ya que derivan de la aplicación de las NGTS y sus protocolos de detalle. Considerando que ENAGAS debe actuar bajo los principios de objetividad, transparencia, no discriminación e independencia, en sus relaciones con los sujetos que operan y utilizan el sistema gasista, y dada su calidad de sujeto privado, se hace necesaria una vigilancia cercana aunque sea a posteriori, tanto de las actuaciones del GrTS, como del cumplimiento por parte de los sujetos con derecho de ATR de sus obligaciones⁹⁴⁴.

⁹⁴³ No obstante, la CNE en la «Resolución en el procedimiento de conflicto por disconformidad con las condiciones de la conexión del gasoducto de transporte de regasificadora a la red básica de transporte de ENAGAS», de 18 de mayo de 2006, resuelve un conflicto planteado por una empresa regasificadora que determina quiénes son los sujetos obligados al pago de los costes de conexión con la red existente aludiendo a la competencia otorgada por la DA 11^a Tercero. 3., y al art. 14 RCNE.

⁹⁴⁴ Mediante «Resolución en el procedimiento de conflicto de gestión técnica del sistema CGT 5/2006, instado por Iberdrola contra el Gestor Técnico del Sistema (GTS)», de 14 de diciembre de 2006, la CNE resolvió un conflicto en el que un comercializador alegaba que se ha restringido injustificadamente su capacidad de regasificación y por tanto, que ENAGAS había faltado a los principios que deben regir el funcionamiento del sistema. En este caso, la CNE concluyó que, si bien el procedimiento sobre el que se plantea el conflicto ha sido correctamente aplicado por el GrTS, «se han registrado algunas discrecionalidades en su aplicación en días concretos imputables tanto a la ausencia de una regla conocida, como a la calidad de la información que maneja el gestor. Se considera que dicho procedimiento debe ser conveniente elaborado y publicado por el Gestor a la mayor brevedad posible. Todos estos procedimientos habrán de ser usados de forma transparente y objetiva, y no discriminatoria, no debiendo ser, su aplicación objeto de negociación con ninguno de los usuarios por circunstancias particulares» p. 64.

b. Conflictos relativos al acceso de terceros a las redes

El apartado Tercero.1.Decimotercera de la DA 11ª asigna a la CNE la tarea de: «resolver los conflictos que le sean planteados respecto de los contratos relativos al acceso de terceros a las redes de transporte y, en su caso, distribución, en los términos que reglamentariamente se establezcan». Por su parte, el RCNE establece dos tipos de posibles conflictos sobre el ATR. El primero relativo al derecho de acceso propiamente dicho, según se estudió en el capítulo quinto. El segundo, referido a la formalización del derecho de acceso (arts. 15 y 16 RCNE)⁹⁴⁵. En ambos casos, dado que la CNE tiene competencia para resolver sobre los conflictos de acceso a las redes de distribución, ubicadas generalmente dentro del territorio de una sola CCAA, el RCNE establece que deberá solicitárseles informe con carácter preceptivo.

El primer caso, está referido a los supuestos en que hay disconformidad por parte del solicitante de ATR sobre la existencia de las causas de denegación del derecho de acceso que se han detallado en el capítulo quinto. En estos supuestos, los titulares de instalaciones que consideren que concurre una de las causas de denegación del acceso deben comunicarlo tanto al solicitante como a la CNE, de manera motivada, en el plazo de un mes contado a partir de la solicitud formal⁹⁴⁶. Asimismo, los solicitantes del

⁹⁴⁵ Con estas disposiciones se transpone el apartado 5 del artículo 25 de la DG que dispone: «Toda parte que tenga una reclamación contra un gestor de red de transporte, de GNL, o de distribución sobre las cuestiones mencionadas en los apartados 1, 2, y 4 y en el artículo 19 podrá presentar la reclamación ante la autoridad reguladora, quien, en su calidad de autoridad responsable de la resolución de conflictos, emitirá una decisión en el plazo de los dos meses siguientes a la recepción de la reclamación. Este plazo podrá prorrogarse por dos meses si la autoridad reguladora solicita información adicional. Podrá prorrogarse por más tiempo con el consentimiento del reclamante. Dicha disposición tendrá efecto vinculante a menos o hasta que sea revocada por a raíz de un recurso.» Los apartados citados en el texto del artículo transcrito se refieren a diversos aspectos específicos del funcionamiento del sistema que, incluso, trascienden las dos posibles fuentes conflicto que se asignan a la CNE.

⁹⁴⁶ Para MUÑOZ MACHADO, S., la intensa participación de los interesados en los procedimientos seguidos en las agencias reguladoras para producir sus decisiones, es un elemento que viene a aumentar la legitimidad de este tipo de entes administrativos. *Tratado de Derecho...*, op. cit., p. 1180. Por su parte, la CNE ha interpretado que este plazo se interrumpe una vez que el sujeto al que se ha solicitado el acceso comunica al interesado y a la CNE, su intención de denegar el acceso basado en una causa de reciprocidad: «esta es la única interpretación que permite conciliar y compatibilizar los comportamientos y acciones de los sujetos que actúan en el mundo del derecho Privado, con la intervención del Organismo público que, por mandato legal, cuando ejerce potestades administrativas, como es la adopción de un acto de conformidad o disconformidad con la decisión de un sujeto, debe ajustar su actuación al Derecho Administrativo». Gaz de France alegaba que la CNE tenía que resolver dentro del plazo de 1 mes establecido por la norma para que el sujeto al que se ha solicitado el acceso comunique su decisión.

acceso que se consideren afectados por la denegación, disponen del plazo de un mes⁹⁴⁷ contado desde el día siguiente a aquél en que deba entenderse denegado el acceso o desde el siguiente a aquél en que se le haya notificado de manera expresa dicha denegación, para elevar su escrito de disconformidad ante el órgano regulador. La CNE, por su parte, cuenta con un plazo de tres meses para resolver y notificar, de lo contrario, la solicitud de acceso debe entenderse desestimada⁹⁴⁸ (art. 15 RCNE).

En segundo lugar, la CNE debe resolver los conflictos relativos a los contratos cuando tengan por objeto «la efectividad o las condiciones de ejercicio del derecho de acceso» (art. 16 RCNE). En este caso, el RCNE establece que podrán ser sometidos a la CNE para su resolución por cualquiera de las partes. A esos efectos deben hacer constar los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en los que base su reclamación. El plazo para resolver, al igual que en el procedimiento anterior es de tres meses⁹⁴⁹. En estos supuestos la CNE debe atender entre otros aspectos a lo establecido en la planificación de hidrocarburos que corresponda y las resoluciones que adopte en esta materia debe comunicarlas a tanto al MITC como a las CCAA afectadas por ellas (art. 16. 2 y 4 RCNE).

Resolución del expediente tramitado por la CNE, a instancia de ENAGAS, solicitando autorización para la denegación del acceso a Gaz de France, de conformidad con el artículo 70.4 de la LSH, pp. 16-17.

⁹⁴⁷ Inicialmente se planteó el problema de la inexistencia de un plazo para la presentación del escrito de disconformidad por parte de la persona que se considerara afectada por la denegación del ATR. Fue mediante la reforma introducida por la DA 6ª del RLSH al apartado 2 del art. 15 del RCNE, que se dispuso el plazo de 1 mes.

⁹⁴⁸ Originalmente, la falta de resolución expresa estaba regulada con el efecto del silencio positivo, lo cual implicaba un importante problema a los efectos de la coordinación del funcionamiento del sistema. La reforma fue introducida por la DA 6ª del RLSH.

⁹⁴⁹ Este plazo se amplió con respecto a su redacción original. El apartado 4 fue modificado por la DA séptima del RD 1434/2002, de 27 de diciembre. Su redacción original señalaba literalmente: «4. La Comisión Nacional de Energía resolverá sobre los conflictos planteados en el plazo máximo de 2 meses, previa audiencia de todas las partes interesadas en el mismo. A estos efectos se considerarán interesados, además de las partes del contrato, todos aquellos a los que se refiere el artículo 31.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.» Resulta claro que esta modificación atiende a la necesidad de agilizar el procedimiento y con ello el funcionamiento del sistema.

c. Sobre la distribución competencial en materia de resolución de conflictos de ATR

En relación con este tipo de entes, la doctrina ha llamado la atención sobre un problema relativo a la atribución de sus funciones sin consideración de las asignadas a las Administraciones territoriales⁹⁵⁰. La CNE no ha estado exenta de esta duda. Pero tempranamente, podría decirse, se planteó esta cuestión en el seno de su Consejo, en el trámite de un conflicto de ATR a las redes de distribución presentado por una comercializadora⁹⁵¹. Al resolver este conflicto dos consejeros de la CNE⁹⁵², en un voto particular, plantean sus dudas con respecto a la competencia del ente para resolver el conflicto: «Las dudas razonables respecto de la competencia se derivan de la confrontación de los criterios de distribución competencial establecidos en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía y lo que se establece –a nuestro entender, confusamente- en el artículo 14.2⁹⁵³ del Real Decreto 1339/1999, de 31 de

⁹⁵⁰ Al respecto, MUÑOZ MACHADO, S., «En España, la creación de entidades reguladoras, acompañando las grandes operaciones de liberalización de sectores económicos, no tuvo en cuenta inicialmente, en absoluto, posibles competencias autonómicas sobre las mismas materias, ni la posibilidad de dotar a los organismos reguladores, cuando tal concurrencia competencial existiera, de algún tipo de estructura federativa.» *Tratado...*, 1ª ed., op. cit., p. 1182. Por otra parte, MALARET I GARCIA, E., expone una solución concreta a esta situación: «sí, como consecuencia de la efectiva introducción de competencia, la opción de política legislativa conlleva la concentración de tareas de regulación en una única autoridad independiente y con ello la concentración de los poderes de regulación, entonces deberá compensarse la pérdida de poder de las CC. AA. mediante la participación de estas instancias de Gobierno en el proceso de nombramiento de los miembros de la CNE. Y señala que esta es la solución adoptada por el Estatuto de Autonomía de Catalunya (art. 182.3) «Comunidades Autónomas y regulación sectorial: la distribución de competencias en la energía» en *Energía del monopolio al mercado. CNE, diez años en perspectiva*, Thompson-Civitas, Navarra, 2006, p. 427. Una solución similar se ha adoptado el Estatuto de Autonomía de Aragón en su reforma mediante Ley Orgánica 5/2007, cuyo artículo 75. 4ª, referido a las competencias compartidas, dispone «la participación en los organismos estatales reguladores del sector energético».

⁹⁵¹ Resolución en el procedimiento del acceso a la red de distribución CATR 4/2001 instado por Gas Natural comercializadora S.A. frente a Dicogexsa, aprobado por la CNE el 5 de septiembre de 2001.

⁹⁵² Los consejeros que plantean la duda son: D. Sebastià Ruscalleda i Gallart y D. Jordi Dolader i Clara. El texto del voto particular de donde se extraen las citas consta en las páginas 20 a 23 del Informe CATR 4/2001.

⁹⁵³ Este apartado señala literalmente: «2. Corresponde a la Comisión Nacional de Energía la resolución de los conflictos que le sean planteados respecto a los contratos relativos al acceso de terceros a instalaciones de transporte o almacenamiento de productos petrolíferos líquidos, a la red básica, red de transporte secundario, red de distribución de gas natural o a las redes de transporte y, en su caso, distribución de energía eléctrica, cuando alguna de las instalaciones sea competencia de la Administración General del Estado, o resulten afectadas instalaciones de competencia de más de una Comunidad Autónoma».

julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía.» Estos consejeros señalan que tales dudas han dado lugar a que diferentes CCAA «con iguales competencias en el campo de la energía, sostengan criterios distintos respecto a sus competencias para resolver los conflictos de acceso a las redes de distribución de gas y electricidad»⁹⁵⁴. Los Consejeros proponen que se ponga el asunto en conocimiento del Ministerio de Economía para «que se adopten las medidas necesarias para dar respuesta a este conflicto de competencias que en nada beneficia a la rapidez y la seguridad de la resolución de los conflictos de acceso a las redes de distribución que puedan plantearse».

En otro voto particular al mismo informe, otro Consejero⁹⁵⁵ opina que «es manifiesta la ausencia de competencia de la CNE en la resolución del conflicto planteado» por cuanto «La atribución al Estado, en el artículo 3 de la Ley 34/1998, de las funciones de ordenación no puede interpretarse entendiendo que corresponde a la Administración General del Estado la competencia exclusiva para resolver los conflictos de acceso a redes». Este Consejero hace referencia al hecho de que en el informe de ese Consejo a la propuesta de reglamento de la CNE remitida al entonces Ministerio de Energía, ya se había sugerido la ampliación de las competencias de la CNE en materia de resolución de conflictos y que sin embargo el Gobierno no atendió a las consideraciones de la CNE y recuerda que el Consejo de Ministros en sesión de 23 de marzo de 2001, a propuesta del MAP, aprobó un acuerdo por el que se contesta al requerimiento de incompetencia formulado por el Gobierno de la Generalitat de Catalunya en relación con el RD por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimiento de autorizaciones de instalación de energía eléctrica, en el que se señala:

⁹⁵⁴ Citan como ejemplo a la Comunidad Valencia y la Junta de Extremadura, las cuales «parece que admiten la competencia de la CNE en la medida en que ha tenido conocimiento de conflictos de acceso en sus redes de distribución resueltos por la CNE» mientras la Generalitat de Catalunya por el contrario, ha manifestado, según señala el voto particular: «Debe tenerse en cuenta que el conflicto de acceso se plantea con relación a una línea de distribución de energía eléctrica de competencia autonómica y, por tanto, entendemos que la competencia para resolver dicho conflicto también recae en el órgano autonómico» p. 20 y 21 de la Resolución en el procedimiento del acceso a la red de distribución CATR 4/2001 instado por Gas Natural comercializadora S.A. frente a DICOEXSA, de 5 de septiembre de 2005.

⁹⁵⁵ Este voto particular formulado por D. Juan Ignacio Unda. El voto consta en las páginas 23 a 29 del Informe CATR 4/2001.

«Por tanto cabe entender que las referencias contenidas en la disposición requerida, relativa a la Comisión Nacional de Energía admiten una interpretación conforme con las pretensiones de la Generalitat de Catalunya, en el sentido de que la intervención de la Comisión Nacional de Energía se requiere sólo a los casos en los que, de acuerdo con el esquema constitucional y estatutario de distribución de competencias (...) las cuestiones controvertidas sean de competencial estatal, dejando abierta la intervención autonómica en los restantes supuestos».

Por otra parte, un informe de la asesoría jurídica de la CNE de 24 de mayo de 2000, emitido a solicitud del Consejo de Administración⁹⁵⁶ concluye que la competencia para resolver conflictos de ATR corresponderá a la CNE «cuando alguna de las instalaciones sea competencia de la Administración General del Estado», así como cuando resulten afectadas instalaciones de competencia de más de una CCAA y señala que: «La afectación puede provenir del hecho de estar directamente implicadas en el propio conflicto dos instalaciones, cada una de ellas de una Comunidad diferente, a las que se solicita el acceso, o bien cuando se solicita sólo a una de ellas, haciéndolo desde la instalación de otra Comunidad Autónoma» En su opinión, incluso puede pensarse en otros supuestos no expresamente previstos en el Reglamento, que podrían resultar de la competencia de la CNE, como sería aquel «en el que sin ser ninguna de las instalaciones directa y expresamente implicadas en el conflicto de competencia estatal, se afecte sin embargo a una instalación de esta naturaleza, pues si se ha interpretado que la afectación de instalaciones de varias Comunidades Autónomas (no directamente implicadas en el asunto) otorga a la CNE la competencia, también debería ser ésta la consecuencia cuando se afecte a una instalación estatal». La asesoría jurídica concluye que, en cualquier caso, aunque la competencia corresponda a la CNE, «deberá solicitarse un informe preceptivo a las Comunidades Autónomas cuando para hacer efectivo el derecho sea necesario el acceso a instalaciones de dichas Comunidades».

No obstante lo anterior, en el sector eléctrico, la Resolución del Ministro de Economía de 4 de diciembre de 2000, por la que se desestima un recurso de alzada interpuesto por

⁹⁵⁶ Este Informe fue solicitado por el Consejo de Administración de la CNE, en su sesión de fecha 9 de mayo de 2000 (acta núm. 50) y se adjunta como nota informativa, al Informe CATR 4/2001, de 5 de septiembre de 2001.

Iberdrola, contra la Resolución de la CNE, de 3 de mayo de 2000, mediante la que se resuelve un conflicto de acceso a las redes de distribución eléctrica, ya había resuelto la cuestión al concluir de forma categórica que «todos los conflictos de ATR ya se trate de acceso a redes de transporte o a redes de distribución, pertenecen al ámbito estatal por afectar a la ordenación del sector y a las condiciones de igualdad en el ejercicio en todo el Estado del derecho de A.T.R.» (Fundamento IV)⁹⁵⁷.

D. Funciones relativas al sistema económico integrado

Aunque esta es una función que en principio debería tener mucha trascendencia, dada su incidencia directa en los caracteres de los servicios de interés general, hasta hace muy poco la participación de la CNE se reducía al informe que emitía en el proceso determinación de las tarifas peajes y cánones y la fijación de la retribución de las actividades reguladas, según se vio antes al estudiar las funciones de propuesta o informe⁹⁵⁸.

Ha sido mediante la reforma introducida por artículo 9 del RD-Ley 6/2000, al apartado tercero.3, de la DA 11^a, que se han ampliado sus atribuciones en este aspecto. El precepto citado dispone que la CNE debe: «efectuar las propuestas de liquidación correspondientes a los ingresos obtenidos por tarifas y peajes relativos al uso de las instalaciones de la Red Básica, transporte secundario y distribución (...) que elevará a la Dirección General de Política Energética y Minas para su aprobación». Y más tarde, el artículo 13 de la Ley 24/2005 de 18 de noviembre, ha vuelto a modificar el citado punto 3 para atribuirle además, la realización de las liquidaciones de los ingresos citados, así como la obligación de comunicarlas a los interesados y a la DGPEM. De esta manera, se amplía el ámbito de actuación de la CNE en cuanto al régimen económico no

⁹⁵⁷ Vid. Resolución en el procedimiento de conflicto de acceso a redes de distribución CATR 1/2000 instado por Cooperativa San Francisco de Asís frente a Iberdrola, S.A., de 3 de mayo de 2000).

⁹⁵⁸ Al respecto, TORNOS MAS, J., señala que dada la injerencia de intereses políticos en la realidad económica del sector regulado, es necesario «reflexionar principalmente sobre la posición de las Autoridades de regulación en el proceso de fijación de precios regulados, su composición, designación de sus miembros, motivación y control de sus decisiones, así como el procedimiento a través del cual se llega finalmente a adoptar la decisión y la participación en él de los sectores interesados», en «Intervención pública sobre los precios de los servicios», en *Estudios...*, op. cit., p. 662.

obstante, aún no parece darse cumplimiento a lo establecido en el artículo 25.2 de la DG: «Las autoridades reguladoras se encargarán de determinar o aprobar, antes de su entrada en vigor, al menos las metodologías empleadas para calcular o establecer las condiciones de: a) la conexión y el acceso a las redes nacionales, incluyendo las tarifas de transporte y distribución. Estas tarifas o metodologías permitirán realizar las inversiones necesarias en las redes de forma que éstas garanticen la viabilidad de la red». Aún cuando, es también la propia DG la que prevé la posibilidad de que los Estados miembros dispongan «que las autoridades reguladoras remitan al órgano pertinente del Estado miembro, para que éste adopte una decisión formal, las tarifas, o al menos, las metodologías (...) en este caso el órgano pertinente estará facultado para aprobar o rechazar un proyecto de decisión presentado por la autoridad reguladora».

En este sentido es importante destacar que si bien las citadas modificaciones son consecuentes con los objetivos de la liberalización, es decir de la LSH, son reflejo de la importancia que reviste la gestión, por un órgano técnico y neutral, del régimen económico del sistema. Sin embargo, la CNE ha venido realizando esta función en ausencia de la totalidad de la información requerida para ello. Como ha puesto de manifiesto el propio órgano regulador en sus diversos informes sobre el régimen económico: «Al igual que en años anteriores, la Memoria sobre las propuestas de órdenes para el año 2005, remitida a esta Comisión, en cuanto a las variables de facturación distribuidas por tarifas de venta, peajes y cánones de gas natural para 2005, no presenta el desglose necesario para analizar los precios incluidos en las propuestas de órdenes. Al igual que en años anteriores, la información aportada a esta Comisión es insuficiente para replicar y evaluar el ejercicio de previsión tarifario de las propuestas de Órdenes para 2005»⁹⁵⁹. Adicionalmente, en alguna ocasión se ha solicitado que se tramite por el procedimiento de urgencia, agravando la situación⁹⁶⁰. De manera que, si

⁹⁵⁹ Vid. Informe 1/2005, sobre la propuesta de Orden por la que se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas, de 11 de enero, pp. 4 y 33. Informe 34/2006 sobre la propuesta de Orden por la que se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas, pp. 4 y 68.; Informe 35/2006, sobre la propuesta de Orden por la que se establece la retribución de las actividades reguladas del sector gasista para el año 2007, p. 11.

⁹⁶⁰ Vid. Informe 35/2006, sobre la propuesta de Orden por la que se establece la retribución de las actividades reguladas del sector gasista para el año 2007, p. 10 y 47.

esta nueva atribución implica el envío directo a la CNE de la información necesaria para cumplir dicha función podrían salvarse las dificultades que ha tenido hasta ahora, pero de lo contrario, poco alcance podrá tener, incluso pese a tener atribuida la función de inspeccionar «las condiciones económicas y actuaciones de los sujetos en cuanto puedan afectar a la aplicación de las tarifas, precios y criterios de remuneración de las actividades energéticas» (DA 11ª.Tercero.1.Octava).

Una última cuestión importante que hay que señalar con respecto a la resolución de conflictos por parte de la CNE en materia económica es que sus resoluciones sí agotan la vía administrativa (DA 11ª Tercero.5. LSH).

E. Funciones de vigilancia respecto de instalaciones, sujetos y actividades.

Tratamiento de la información recabada en el ejercicio de sus funciones.

La LSH establece entre las funciones de la CNE, la de inspección de diversas cuestiones. En relación con las instalaciones, la CNE puede llevar a cabo inspecciones sobre el cumplimiento de los requisitos establecidos en las autorizaciones, incluyendo el cumplimiento de los requisitos técnicos de las mismas. Cuando como consecuencia de las inspecciones realizadas se ponga de manifiesto alguna irregularidad que precise la intervención de las Administraciones públicas, la CNE, en su caso, o el órgano de la Administración competente de la CA, lo debe comunicar al titular de la instalación, junto con la propuesta de resolución y los plazos para subsanar dicha irregularidad.

Con respecto a las actividades de los sujetos puede inspeccionar el cumplimiento de la efectiva separación de éstas. En general tiene potestad para inspeccionar las condiciones económicas y las actuaciones de los sujetos en cuanto puedan afectar a la aplicación de las tarifas, precios y criterios de remuneración de las actividades energéticas, la correcta facturación y condiciones de venta de las empresas distribuidoras y comercializadoras a consumidores y clientes cualificados, la calidad del servicio, así como la efectiva separación de estas actividades cuando sea exigida (Tercero.1.Octava y 115 RLSH).

En relación con el funcionamiento del sistema a la CNE le corresponde «determinar los sujetos a cuya actuación sean imputables deficiencias en el suministro a los usuarios

proponiendo las medidas que hubiera que adoptar» (Tercero.1.10^a)⁹⁶¹. Hay que destacar que el cumplimiento de esta obligación presupone un control muy exhaustivo por parte de la CNE con respecto a la actuación de los sujetos y que, consecuentemente, la obliga a tener un conocimiento detallado de su actuación.

Esta función, específicamente en cuanto se refiere a la seguridad del suministro, y por tanto al mantenimiento de existencias mínimas de seguridad, es compartida con la CORES cuando la competencia corresponde a AGE y con las CCAA en los ámbitos de su competencia (RD 1716/2004).

Esta función de vigilancia e inspección estaba supeditada a la respectiva petición por parte de la AGE o de las CCAA, no obstante mediante reforma introducida por la Ley 12/2007, se amplió el espectro de actuación, como era razonable, a la actuación de oficio por parte de la CNE.

En orden a la realización de sus funciones la CNE tiene la potestad, otorgada por la LSH, de recabar cuanta información requiera de los sujetos del sector⁹⁶². A este propósito debe dictar y publicar en el BOE, las circulares que considere pertinentes en las que expondrá de forma detallada y concreta el contenido de la información que vaya a solicitar, especificando de manera justificada la función para cuyo desarrollo es precisa tal información y el uso que pretende hacerse de la misma. Al respecto, además, puede realizar las inspecciones que considere necesarias para confirmar la veracidad de la información que le ha sido aportada. Esta es una de las potestades que dota de autonomía en la gestión a la CNE pues sus circulares no son susceptibles de recurso administrativo ya que en este sentido es también la CNE la que agota la vía. Dada la relevancia de la obtención y gestión de la información para la cabal realización de la función asignada al regulador del sistema, ésta puede considerarse una de sus funciones más importantes y en la que si se le ha reconocido un nivel mayor de autonomía.

⁹⁶¹ Como puede verse esta es una de las ocasiones en que el término suministro se utiliza en sentido amplio.

⁹⁶² En este sentido, MUÑOZ MACHADO, S., «El ordenamiento público español ha asumido el principio general de que el derecho a obtener información, acompañado de potestades de vigilancia e inspección para asegurar la veracidad y exactitud de los datos, forma parte de las competencias mínimas que debe tener siempre una agencia reguladora.» *Tratado...*, op. cit., p. 1201.

Los datos e informaciones obtenidos por la CNE en el desempeño de sus funciones que tengan carácter confidencial por tratarse de materias por el secreto comercial, industrial o estadístico sólo podrán ser concedidos al MINECO y a las CCAA en el ámbito de sus competencias. El personal de la CNE que tenga conocimiento de estos datos está obligado a guardar sigilo respecto de los mismos. A su vez, las entidades que deben suministrar los datos e informaciones pueden indicar qué parte de los mismos consideran de trascendencia comercial o industrial, y cuya difusión podría perjudicarles, y para la que reivindican la confidencialidad frente a cualesquiera personas o entidades que no sean la propia CNE, el MINECO o las CCAA, previa la oportuna justificación. El incumplimiento de la obligación de remitir información o documentación, así como la negativa ocasional o aislada a facilitar a la Administración o a la CNE la información que reclame de acuerdo con la LSH, puede constituir una infracción administrativa grave o muy grave (art. 110 j) y k) en relación con el art. 109.2 LSH). Asimismo, la negativa a admitir inspecciones o verificaciones o la obstrucción de su práctica, constituye una infracción muy grave (art. 109 d)). Además de la multa⁹⁶³ que castiga la infracción, la comisión de una infracción muy grave puede implicar la revocación o suspensión de la autorización administrativa y la consecuente inhabilitación temporal para el ejercicio de la actividad por un periodo máximo de un año, que en su caso, debe ser acordada por la autoridad competente para otorgarla. Todo ello, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales o de otro orden en que puedan incurrir (art. 108.2 LSH).

F. Función de supervisión

En primer lugar debe destacarse lo establecido en el artículo 5 de la DG⁹⁶⁴ con respecto a la seguridad del suministro. El citado artículo dispone: «Los Estados miembros se

⁹⁶³ Recientemente, la Ley 12/2007 modificó el artículo 113 de la LSH tipificando más conductas constitutivas de infracción: las infracciones muy graves se castigan con multa de hasta 3.000.000€ las graves hasta 600.000€ y las leves con multa de hasta 60.000€. De acuerdo con este mismo artículo, la cuantía de las sanciones se graduará atendiendo a criterios de proporcionalidad.

⁹⁶⁴ Este artículo 5 es uno de los que no estaba contenido en la DMIGAS. Pese a ser un aspecto tan relevante, especialmente a nivel comunitario europeo la Directiva originalmente no contenía ninguna regulación al respecto. Esto da una idea clara del impulso e importancia que el GN ha ido adquiriendo en el balance energético y de los problemas de abastecimiento dada la dependencia de unos pocos proveedores, que se han ido poniendo en evidencia, hasta llegar a la publicación de la Directiva

harán cargo de la supervisión de los aspectos relacionados con la seguridad del suministro. Cuando los Estados miembros lo consideren oportuno, podrán delegar esta función a las autoridades reguladoras (...) Esta supervisión abarcará, en particular el equilibrio entre la oferta y la demanda en el mercado nacional, el nivel de la demanda y la oferta futura previstas, las capacidades adicionales en proyecto o en construcción, la calidad y el nivel de mantenimiento de las redes, así como las medidas destinadas a hacer frente a los momentos de máxima demanda y a las insuficiencias de uno o más suministradores. Todos los años, antes del 31 de julio a más tardar, las autoridades competentes publicarán un informe con los resultados de la supervisión de dichas actividades, así como las medidas adoptadas o previstas para solventar los problemas hallados, y lo presentarán sin demora a la Comisión.» En este sentido, la CNE ha considera que con el denominado «Informe Marco sobre la demanda de energía eléctrica y de gas natural y su cobertura» que ha venido elaborando anualmente desde el año 2001, y al que se ha hecho referencia en varias ocasiones se da cumplimiento a la citada disposición comunitaria y se cubre la necesidad de supervisar la seguridad del suministro a que se refiere el artículo citado⁹⁶⁵. Ha ello ha venido haciendo referencia en los sucesivos informes de los años anteriores.

Recientemente, el artículo único.1 de la Ley 12/2007, le ha asignado la supervisión de diversos aspectos técnicos que deben sumarse a los que, de manera dispersa, se han atribuido a la CNE, estos son: «a) La gestión y asignación de capacidad de interconexión, b) mecanismos destinados a solventar la congestión de la capacidad en las redes, c) tiempo utilizado por los transportistas y distribuidores en efectuar conexiones y reparaciones, d) la adecuada publicación de la información necesaria por parte de los transportistas y distribuidores sobre las interconexiones, la utilización de la red y la asignación de capacidades a las partes interesadas, e) Separación efectiva de cuentas con objeto de evitar subvenciones cruzadas entre actividades de transporte,

2004/67/CE, de 26 de abril de 2004, relativa a una medidas para garantizar la seguridad del suministro de gas natural.

⁹⁶⁵ A ello ha hecho referencia en el punto 3.1 Octava, de «Consideraciones generales» de su Informe 2/2006, sobre el documento «Propuesta de planificación de los sectores de electricidad y gas 2002-2011. Revisión 2005-2011», aprobado por el Consejo de Administración el 2 de febrero de 2006, p.13. Y a ello ha venido haciendo referencia en sus sucesivos informes anteriores sobre esta materia.

distribución, almacenamiento y suministro. f) Condiciones de acceso al almacenamiento. g) La medida en que las empresas transportistas y distribuidoras están cumpliendo sus funciones. h) Nivel de transparencia y competencia. i) el cumplimiento de la normativa y procedimientos que se establezcan relacionados con los cambios de suministrador, así como la actividad de la Oficina de cambios de suministrador» (art. 3.4 LSH).

Estas nuevas funciones asignadas por la Ley 12/2007 constituyen una muestra más de la relevancia de las funciones de la CNE. Especialmente considerando el carácter técnico de las mismas, y el hecho de que implican una supervisión más directa sobre GrTS. La CNE ha publicado ya varios informes de supervisión, mensuales y trimestrales, sobre estos aspectos, incrementando el nivel transparencia de la información sobre el SG.

G. Iniciación e instrucción de expedientes sancionadores. Asignación de la competencia al efecto.

La CNE también debe acordar, en su caso, la iniciación de los expedientes sancionadores y realizar la instrucción de los mismos cuando estos sean de la competencia de la AGE. Asimismo, debe emitir los informes que le sean requeridos por las distintas Administraciones públicas en el trámite de los expedientes sancionadores iniciados por éstas (art. 11ª Tercero 1. Undécima y 115 RLSH). Y, en especial, los requeridos por la CDC o los órganos de las CCAA, en el marco de los expedientes incoados por conductas restrictivas de la competencia en aplicación de los artículos 1 a 3 de la LDC, referidos a conductas prohibidas (art. 17 d) LDC).

En cuanto a esta función se refiere, es claro que el papel de la CNE es meramente formal, pues la CNE no ostenta la potestad sancionadora pese a que ello la dotaría de más eficacia en el cumplimiento de su función general de velar por la competencia efectiva. En efecto, el artículo 116.1 de la LSH establece que: «La competencia para la imposición de sanciones vendrá determinada por la competencia para autorizar la actividad en cuyo ejercicio se cometió la infracción, o por la competencia para autorizar las correspondientes instalaciones». Y pese a que tanto «La negativa ocasional y aislada a facilitar a la Administración o a la Comisión Nacional de la Energía la información que se reclame» como «Los incumplimientos reiterados en las obligaciones de remisión

de información y documentación» (art 100 j) y k) LSH) pueden constituir infracción grave o muy grave. En otras palabras, el incumplimiento de requerimientos provenientes de su propia función de reglamentación no es controlado por ella⁹⁶⁶.

Según lo establecido por el artículo 115 de la LSH, el procedimiento para la imposición de sanciones debe ajustarse a los principios establecidos en los artículo 127 a 138 de la LRJPAC y a lo dispuesto en el RD 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora o norma autonómica correspondiente «sin perjuicio de que reglamentariamente se establezcan especialidades de procedimiento para la imposición de sanciones previstas en esta Ley». Cuestión esta última que no se ha hecho. De acuerdo con el apartado 2. del citado artículo, el plazo máximo para resolver y notificar los expedientes sancionadores tramitados conforme al procedimiento previsto será de un año.

H. Órgano arbitral

La CNE también actúa como órgano arbitral entre los sujetos del sistema. Esta forma de intervención administrativa no es tradicional, se deriva de la trascendencia económica de los asuntos, la complejidad de los mismos⁹⁶⁷ y la necesidad de una resolución ágil y rápida⁹⁶⁸.

⁹⁶⁶ En el caso de la CMT originalmente no se le otorgó la potestad sancionadora, pero ante la reacción de la doctrina, esta situación se corrigió otorgándole «el ejercicio de la potestad sancionadora por el incumplimiento de las instrucciones dictadas para salvaguardar la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los acuerdos y resoluciones que adopte en ejecución de las funciones públicas que se le atribuyen; así como por el incumplimiento de los requerimientos de información formulados por la Comisión en el desarrollo de sus funciones» (art. 1.2.2.1 LLT) En este sentido, TEROL GÓMEZ, R., *El control público...*, op. cit., pp. 150-153, y; VIRGALA FORURIA, E., *La Constitución y las Comisiones...*, op. cit., pp. 354-355.

⁹⁶⁷ Como ha señalado el profesor FERNÁNDEZ FARRERES, G., «La intervención pública, para seguir cumpliendo su finalidad de garantía de los intereses generales implicados en esos complejos sectores de la economía y la comunicación, necesariamente ha de rectificar los modos más tradicionales de actuación, relegándolos, cuando menos, a un segundo plano. Las informaciones previas y las consultas, la mediación y el arbitraje, en un clima de concertación y de conciliación de los plurales intereses implicados, han de ser los medios habituales de desarrollo de una actividad reguladora que, por ello mismo, reclama para su puesta en práctica otras formas organizativas.», «Administraciones instrumentales» en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004, p. 348.

⁹⁶⁸ Vid. NEBREDÁ PÉREZ, J. M., «Arbitraje y entes reguladores (C.N.E y C.M.T.)» en *Redet*, núm 13, 2002, pp. 39-68

El ejercicio de esta función, de acuerdo con la LSH, es gratuito, excepto en cuanto se refiere a la práctica de pruebas; esta característica, puede decirse, introduce un elemento de estímulo para la utilización de esta figura o su nula operatividad.⁹⁶⁹ El arbitraje no tiene carácter público. El ejercicio de esta labor tiene carácter voluntario para las partes y se ejerce de conformidad con la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, y por el RCNE. La función arbitral de la CNE está reglamentada en los artículos 7 a 13 del RCNE. Su reglamentación es escueta. Los sujetos legitimados para activar un procedimiento arbitral, son todos los sujetos actores del SG y los consumidores. No obstante, en una primera etapa, sólo tenía legitimación el consumidor cualificado.

También se refiere a algunas cuestiones procesales, tales como el plazo y los aspectos que debe contener el escrito de contestación. En relación con la aplicación de la prueba, dispone que la posibilidad de que la CNE solicite colaboración a la AGE. Asimismo, establece que la mayoría necesaria para dictar el laudo debe ser de «al menos, cinco de los miembros que constituyen el Consejo de Administración de la Comisión».

No interesa ahora entrar a analizar en detalle esta función, sólo se quiere resaltar el hecho de que ésta es una nueva forma de intervención de la Administración, pues se trata de una función de arbitraje asignada a un ente administrativo frente a sujetos privados⁹⁷⁰ (D. A 11ª Tercero.1.Novena).

⁹⁶⁹ Vid. SALA ARQUER, J. M., *La comisión del mercado de las telecomunicaciones*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2000, p 29 y ss.; MERINO MERCHÁN J. F., Y PÉREZ UGENA, M., «La función arbitral de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones» en *Régimen de las telecomunicaciones*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 89 y ss.; TEROL GÓMEZ, R. *El control público de las telecomunicaciones. Autoridades reguladoras*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 175 y ss.; CARLON RUIZ, M., «La comisión del mercado de las telecomunicaciones», en *REDA*, núm. 102, 1999, pp. 229 y ss.; SALA ARQUER, J. M., «La comisión del mercado de las telecomunicaciones», *Cuadernos Civitas*, Madrid, 2000, p. 29 y ss.

⁹⁷⁰ Sobre esta función en el mercado de las telecomunicaciones puede verse: MARTÍ DEL MORAL, A., *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, INAP, Madrid, 2000, pp. 113-123; y TERRÓN SANTOS, D, *Autoridades nacionales de reglamentación. El caso de la Comisión Nacional del Mercado de las Telecomunicaciones*, Ed. Comares, Granada, 2004, p. 231-240.

4. Potestad normativa. Necesidad de habilitación expresa

En el aspecto normativo, se le atribuye la potestad de dictar circulares. Esta función está muy restringida, en cumplimiento de la jurisprudencia del TC⁹⁷¹. Se restringe al desarrollo y ejecución de las normas contenidas en los Reales Decretos y las órdenes del MITC⁹⁷² que se dicten en desarrollo de la normativa energética. Con el requisito de la habilitación expresa por la norma a dicho efecto. A ello el RCNE ha añadido el requisito de sometimiento de las mismas a informe de la Abogacía del Estado del MITC, con carácter previo a su publicación en el BOE (art. DA 11ª.Tercero.1.Séptima y 4. art. 17 RCNE).

Una de los contenidos específicamente establecidos para la publicación de circulares es la obtención de los datos necesarios para el ejercicio de sus funciones. A través de este instrumento la CNE debe exponer «de forma detallada y concreta el contenido de la información que vaya a solicitar, especificando de manera justificada la función para cuyo desarrollo es precisa tal información y el uso que pretende hacerse de la misma».

En el mismo orden de ideas comentado antes de reforzamiento de las funciones de la CNE, la Ley 12/2007 ha dado rango legal a la potestad de dictar circulares, las cuales deben ser publicadas en el BOE, para recabar de los sujetos que actúan en el mercado gasista cuanta información requiera para efectuar la supervisión de los aspectos establecidos en la Ley. En este sentido hay que advertir que la LDC ha establecido en su

⁹⁷¹ Más restringida que para el caso de otras Comisiones de este tipo como la CNE o la CNMV, en cuyo caso, el propio TC se pronunció en sentencia de 133/1997, «el art. 15 de la Ley impugnada es conforme al art. 97 CE, ya que la Comisión Nacional del Mercado de Valores es un ente de derecho público a quien la ley encomienda la supervisión e inspección de los mercados de valores, así como el asesoramiento al Gobierno, al Ministerio de Economía y Hacienda y, en su caso a los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas, en las materias relacionadas con los mercados de valores. Nada hay que oponer desde la perspectiva del art. 97 CE al hecho de que el legislador estatal haya dotado a la Comisión Nacional de Mercado de Valores de una serie de potestades, incluida la reglamentaria, para que pueda cumplir adecuadamente la ...» (FJ 3º).

⁹⁷² En el mismo sentido tiene atribuida esta potestad la CNMV, al respecto MALARET GARCÍA, E., «La Comisión Nacional de Mercado de Valores», en *REDA*, num. 76, 1992, pp. 557-597 y FUERTES, M., «La Comisión Nacional del Mercado de Valores», en Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo. Coord. Pérez Moreno, t. I, Civitas, Madrid, 441-447. En general, sobre la potestad reglamentaria de las administraciones independientes y sus límites y condicionamientos constitucionales, MAGIDE HERRERO, M., *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, INAP, Madrid, 2000, pp. 426-450; y, MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho...*, op. cit., t. II, 1ª ed., pp. 994-1000.

artículo 17 b) la obligación de solicitar informe a la CDC, previo a la adopción, sobre las circulares, instrucciones o decisiones de carácter general en aplicación de la normativa sectorial correspondiente que puedan incidir significativamente en las condiciones de competencia en los mercados.

CONCLUSIONES

Del estudio de la organización y control del sector del GN se extraen las conclusiones generales que se exponen a continuación.

I. En el nivel comunitario europeo, la preocupación por construir una política energética ha sido una constante. Pese a los orígenes mismos de la Comunidad Europea no ha dejado de ser una prioridad cada vez más urgente. Ello constituye, precisamente, una constatación de su estratégica importancia dada la cantidad de vértices que presenta. No es de extrañar, por tanto, que los avances sean lentos y dispersos. Tal parece que, por el momento, la mejor manera de construir una política común en materia de energía se concreta en el impulso y desarrollo de iniciativas relacionadas con acciones emprendidas en el marco de otras políticas comunitarias. El énfasis puesto en la creación de un MIE es una de las vías principales para generar intereses comunes que faciliten los acuerdos en la materia. La dimensión medioambiental y el impulso a la utilización de energías renovables es otro eje alrededor del cual se avanza con alguna celeridad. La promoción de las redes transeuropeas, su interconexión e interoperabilidad, por otro lado, promueven la armonización necesaria para el funcionamiento del MIE.

II. El proceso de creación de un Mercado Interior de la Energía ha proporcionado el incentivo necesario para un mayor acercamiento en esta materia. Específicamente, el MIE del GN ha generado el proceso de discusión e intercambio necesario para ir construyendo un verdadero mercado único en esta materia. No obstante, las actuaciones de cada Estado miembro, en el marco de los principios que rigen la actuación comunitaria, constituyen, al mismo tiempo, una garantía y una barrera para la construcción de una política comunitaria de la energía. Los instrumentos normativos utilizados reflejan los avances realizados y el alcance de los acuerdos. La posibilidad de elegir la forma y los medios para llevar a cabo las transformaciones han dado lugar a un ritmo desigual de avance del proceso en los diferentes Estados miembros. Es ahí, donde la promoción de mercados regionales se está gestando como un paso importante hacia la integración efectiva de los mercados nacionales.

La libre competencia es el marco instrumental elegido por la Comunidad para avanzar hacia los objetivos propuestos. Las excepciones a la regla general se deben tratar de manera restrictiva para evitar distorsiones innecesarias. Sin embargo, se admiten con el objetivo de procurar el cumplimiento de las obligaciones de interés económico general ahí donde las propias reglas de la competencia no consigan promover un desarrollo armonioso del conjunto de la Comunidad y reforzar su cohesión económica y social. En particular, se considera de capital importancia asegurar la más completa transparencia en relación con las obligaciones de interés económico general impuestas a las empresas del sector.

III. De entre las fuentes de energía, el GN es una de las que ha adquirido mayor importancia en la actualidad, debido al desarrollo que ha experimentado en las últimas décadas. Sin embargo, es también una de las más vulnerables por la dependencia del abastecimiento exterior de este combustible, característica de la Comunidad Europea. De ahí que, el entorno internacional también juega un papel relevante. Por ello se ha planteado la necesidad de una revisión de la política exterior de la UE en materia de energía con el fin de garantizar que incluso las empresas de terceros países cumplan la misma normativa que se aplica a las que tienen su sede en la Comunidad Europea.

La seguridad del abastecimiento constituye el punto de convergencia en todos los niveles que proporciona la base para la adopción de acuerdos en el nivel europeo.

IV. En el nivel nacional, el surgimiento del GN como una fuente relevante en el balance energético ha coincidido con la puesta en marcha del MIE y, por tanto, su desarrollo, puede decirse, ha corrido paralelo al de éste. Esta circunstancia ha generado que, en alguna medida, se haya producido un acelerado proceso de cambio en la regulación que ha provocado cierta incertidumbre en el sector.

Por otro lado, la liberalización impulsada por la Unión Europea ha coincidido en el tiempo con determinadas políticas privatizadoras de las empresas del sector, como una opción legítima adoptada por el Gobierno, en el nivel nacional, y con una mentalidad impuesta por los documentos preparatorios de las Directivas que propugnaban una reglamentación mínima, pero también procesos graduales. Se trataba en efecto de regular mejor, en la medida adecuada y oportuna, de adaptar a la regulación a la nueva

situación: agilizando los procedimientos, ajustando e incorporando las nuevas técnicas que propicia el progreso tecnológico.

En ese contexto internacional, comunitario y nacional, y en la dirección fijada por la Constitución se debía intentar avanzar la política energética nacional, no pudiéndose desligar la una de la otra. Por tanto, el régimen jurídico administrativo del GN debía diseñarse, no sólo con esos rasgos, sino también con esa dirección.

V. En efecto, desde la perspectiva del entonces todavía escaso desarrollo del sector en relación con otros sectores energéticos, puede pensarse que el momento de la promulgación de la LSH era el más oportuno, pues se trataba de un mercado en expansión, lo que probablemente evitó mayores «costes de transición a la competencia». Pero, por otro lado, una Ley que se concibió con tantas lagunas no se puede decir que ha sido producto de un proceso de estudio crítico sobre su contenido.

Los propios creadores de la LSH parecían tener poca conciencia sobre el proceso de liberalización que se quería poner en marcha. Para empezar, se puede decir que la versión originaria de la LSH, en su Título IV, referido al sistema del GN, se estipuló un régimen jurídico incompleto. Se concibió con tan importantes lagunas que su puesta en práctica no era posible. Durante los primeros años de vigencia de la LSH, no parece exagerado decir que se faltó al principio constitucional de «seguridad jurídica», no sólo con efectos sobre los empresarios del sector, sino también y, consecuentemente, para los consumidores, abandonándose, en alguna medida su obligación de velar por el interés general. El innumerable desarrollo reglamentario dispuesto en la LSH se empezó a promulgar tres años después de su entrada en vigencia y, durante ese lapso de tiempo, se aplicó un Reglamento -el de 1973-, no sólo anterior a la LSH, sino anterior a la Ley del Gas de 1987, y para terminar, preconstitucional.

Se podría atribuir a la promulgación de la LSH una interrupción en el desarrollo de las infraestructuras del sector, claramente justificado por la incertidumbre, factor determinante para acometer inversiones de la magnitud que se requieren. Con ello, a medio y largo plazo, se puede haber provocado un perjuicio para el consumidor y para la economía en general, que actualmente tiene que recurrir a procesos de adjudicación directa para acelerar la construcción de instalaciones y poder cumplir con las

necesidades de funcionamiento del sistema, dejando de lado otras exigencias relativas al régimen de libre competencia.

Por otra parte, la situación inicial provocada por la promulgación de la LSH tampoco era un aliciente para el establecimiento de nuevos actores en el sector. El tradicional régimen de monopolio de un sector en expansión planteaba no pocas «cuestiones preliminares» a considerar. Sin embargo, en la premura por liberalizar no se concedió el tiempo necesario para acompasar todos los elementos imprescindibles para que el proceso funcionara. Hay que recordar que la LSH se promulga, prácticamente, de forma paralela con la primera Directiva de creación del mercado interior del GN. Por tanto, no se trataba de una cuestión de transposición urgente para el cumplimiento de los plazos establecidos en la misma.

En principio, la LSH planteó un cambio profundo con respecto a la situación preexistente: la despubblicación del sector del GN. No obstante, su verdadero alcance, en una primera etapa, se ha visto reducido por la falta de la regulación necesaria, así como del cumplimiento de ciertos presupuestos indispensables para llevarlo a cabo. De manera que pasaron varios años sin que tan importante cambio surtiera efectos en la práctica. Ciertamente es que, a través de la aplicación de fórmulas tradicionales y técnicas novedosas de intervención administrativa, con la LSH se inicia en el sector del GN la transformación de un sistema que, simultánea y temporalmente, debe mantener vigente el que le antecede, cuestión que hace más compleja su ordenación, especialmente si no se realiza con verdadera convicción sobre el mismo.

Ciertamente, hasta la reforma introducida por la Ley 12/2007 no se podía deducir de la LSH el lugar al que pretendía llegar. Es decir, si bien su exposición de motivos planteaba transformaciones profundas, la regulación contenida en ella no las reflejaba en todos sus términos. Es a través de esta reforma que finalmente se aclara la regulación y la LSH comienza a tener un carácter menos transitorio. Aún quedan modificaciones por realizar, pero con la citada Ley se configura un nuevo esquema de organización y control del sector del GN más próximo a un mercado liberalizado en el que la consideración del servicio como de interés económico general constituye el hilo conductor de su régimen jurídico, en el marco comunitario y constitucional vigentes, es decir con el objetivo de alcanzar un desarrollo social y regional equilibrado.

En términos más específicos, del estudio anterior, sobre la organización y control del sistema del GN establecidos a través de la LSH, se extraen las siguientes conclusiones:

1. La conclusión a la que se llega en torno a los títulos habilitantes establecidos en la LSH, para actuar en el sector del GN, no es nueva. Se ha observado en los procesos de liberalización de otros sectores. La transformación del sector implicó la adecuación de los títulos habilitantes. La LSH sustituye el tradicional sistema concesional propio de los sectores publicados por uno basado en autorizaciones más característico de sectores liberalizados. En este sentido, la LSH es congruente con los objetivos de la liberalización del sector del GN, puesto que, en principio, dicho régimen autorizatorio comporta una mayor libertad para los operadores, quienes con tan sólo reunir los requisitos establecidos al efecto, tendrán derecho a obtener autorización tanto para construir, modificar, explotar y cerrar cualquiera de las instalaciones que conforman el sistema gasista o, en su caso, para ejercer la actividad de comercialización.

Sin embargo, se ha diseñado un régimen de autorizaciones que por sus condiciones se asemeja a una concesión, como se observa en el procedimiento dispuesto al efecto: la información pública, la comprobación de la capacidad legal, técnica y económico-financiera, y la fianza, son modos y cargas que se subrayan en el procedimiento autorizatorio establecido en la LSH. Adicionalmente, desaparece la reversión de las instalaciones, así como el plazo de la autorización, ajustándose en este sentido, al nuevo régimen de la competencia. O visto de otra manera, ha pasado de ser una típica autorización de instalación a una combinación de actos autorizatorios que pasan por una licencia subjetiva, una autorización de instalación y una autorización de funcionamiento. Por lo tanto, puede decirse que se han integrado en un sólo título, la autorización de instalación y actividad, a condición de reunir en su régimen jurídico los modos y cargas antes propios de la concesión y la autorización respectivas. La diferencia es que el énfasis de los procedimientos de autorización se sitúa ahora en los detalles del proyecto de instalación y en las condiciones subjetivas del solicitante. Mientras que, en lo relativo al régimen de la actividad, es decir, a la permanencia en el sector, hay que estar a lo dispuesto por la LSH y sus disposiciones reglamentarias, ya que la autorización de explotación se concreta en el acta de puesta en servicio de las instalaciones, sin que se diga mucho más sobre el ejercicio de la actividad.

Específicamente, en cuanto al régimen de habilitación hay que destacar que la reforma de la LSH, realizada por la Ley 12/2007, es relevante, pues ha completado el régimen añadiendo el requisito de autorización previa para la transmisión de las instalaciones de transporte, una omisión importante que si bien estaba estipulada en el RLSH, ameritaba el carácter legal que se le ha dado con la reforma. Además, ha introducido la figura de la concesión de explotación de almacenamientos subterráneos y ha impuesto al comercializador la obligación de demostrar anualmente que continúa cumpliendo con los requisitos que se le exigen para el otorgamiento de la autorización.

En relación con el régimen de habilitación para actuar en el sector, puede concluirse que continúan observándose las tradicionales formas de intervención administrativa. Se requiere una autorización para el ejercicio de la actividad y a ésta se añaden las establecidas por la Ley de Industria y un mayor énfasis en cuanto se refiere a la aplicación y cumplimiento de los controles medioambientales que concurren, a su vez, con los títulos autorizatorios tradicionales relativos a la ordenación del territorio y para la ocupación del dominio público en sus respectivos ámbitos competenciales. En este sentido, la LSH avanza en cuanto a la coordinación de los procedimientos autorizatorios. Al menos intenta una tramitación conjunta de las diversas autorizaciones requeridas, no obstante aún es necesaria una mayor coordinación y la agilidad necesarias para eliminar la justificación de la adjudicación directa de las obras. La mayor parte de los obstáculos que se observan en los instrumentos de seguimiento de la CNE con respecto a las instalaciones, se atribuyen al retraso en la obtención de los títulos autorizatorios, aunque no es ésta la única causa.

Otra cuestión a la que hay que aludir de manera particular es a la concurrencia en la autorización de instalaciones de gas de diversos títulos competenciales. Con respecto a este tema, también tradicional, la LSH procura no obviar ningún título y por consiguiente a su titular. En cualquier caso, hay que destacar la conclusión que se infiere de la Ley 13/2003, de acuerdo con la cual la AGE subsume las competencias cuando se trata de instalaciones de la red básica de GN imponiendo su competencia. Ciertamente, la citada Ley, en estos casos ofrece una solución más ágil, no obstante, persiste la duda, según su configuración actual, sobre el respeto de los títulos competenciales y especialmente sobre el respeto a la autonomía local.

Se podrían realizar muchas consideraciones sobre los títulos habilitantes y su régimen jurídico. No obstante lo cual, aquí lo que interesa destacar es que, aunque proporcionaría mayor seguridad jurídica la definición de ciertas características básicas que delimitaran claramente los títulos habilitantes, lo importante sería poder determinar las razones por las cuáles este tipo de regulaciones persisten, ya que constituyen una pista sobre la verdadera vocación, no sólo del tipo de intervención, sino también de los controles estatales que independientemente de las corrientes ideológicas imperantes en cada momento parecen tener la vocación de subsistir.

Por otro lado, en relación con los procedimientos para otorgar la autorización de instalaciones, es importante que una vez establecido el régimen se de estricto cumplimiento al mismo –dentro de los márgenes de la racionalidad-. La existencia de un procedimiento de concurrencia, que no se lleva a cabo, debe entenderse como una mala señal sobre la elección de la regulación establecida. Aún cuando la adjudicación directa de determinadas instalaciones pueda estar justificada en los instrumentos de planificación del propio Gobierno –práctica seguida desde la promulgación de la LSH- resulta contradictorio que aún con la referida planificación no sea posible calcular los plazos, a efecto de realizar procedimientos concurrenciales, con la antelación suficiente para que no se retrase la puesta en marcha de las instalaciones. Hay alternativas: o se ajusta la regulación legal a la práctica seguida -al menos durante el periodo transitorio que se considere pertinente-; o se procura el cumplimiento de la Ley. Ello además porque conduce a otro tipo de consideración negativa. Sin procesos abiertos a la competencia, por ejemplo, puede cuestionarse más fácilmente la libertad de establecimiento, y por tanto de inversión en el sector, al menos en el caso de las actividades susceptibles de competencia.

2. Surge una aparente contradicción y un difícil equilibrio entre la técnica de la planificación y la libertad de inversión. La LSH plantea una contundente intervención administrativa a través de la planificación. Cada vez son más las instalaciones sujetas a planificación obligatoria. No obstante si se piensa en la calificación del servicio como de interés económico general y la elevada inversión que requieren las instalaciones, tal parece que este tipo de planificación es la mejor forma de asegurar la inversión y con ello de incentivar la construcción de nuevas instalaciones –al menos en una etapa que no parece haber acabado-. Cabe preguntarse entonces: qué sentido ha tenido la

privatización de las empresas del sector, cuando éstas no acaban de asumir los riesgos de tales decisiones inversoras. Pues en este aspecto, la situación continúa siendo semejante a la que imperaba bajo la vigencia de la Ley del Gas, con la diferencia de que ENAGAS era el concesionario legalmente creado para impulsar la inversión en infraestructuras de la red básica.

Por un lado, se incluyen en la planificación obligatoria las instalaciones integrantes de la red básica, la red de transporte secundario, las instalaciones de almacenamiento básico y la capacidad de regasificación total de GNL, no ya por que las instalaciones constituyen monopolio natural -caso de los gasoductos-, sino por la relevancia que tienen en el nivel del funcionamiento del sistema –almacenamientos y plantas de regasificación-; y por otro, el Estado se reserva la potestad de definir quién debe ampliar su red de distribución en caso de que ninguno de los empresarios decida acometerla. Y si finalmente, como requisito para la retribución de las instalaciones sujetas a planificación obligatoria, es indispensable que hayan sido incluidas en los instrumentos de planificación, entonces parece que hay que admitir que pocas cosas han cambiado con respecto al régimen anterior en este sentido, excepto la titularidad de la empresa que posee las instalaciones de la red básica.

Lo anterior, pese a la contradicción que pueda representar, es una situación que se ajusta al marco comunitario y constitucional vigente. El Estado no sólo tiene la potestad para tomar esas decisiones si no la obligación de hacerlo para asegurar el cumplimiento de los servicios de interés económico general. Por tanto, debe interpretarse en la dimensión adecuada. Prueba de ello es que de conformidad con la LSH, el Gobierno o la CA, en su caso, podrá acordar la intervención de la correspondiente empresa de acuerdo con lo previsto en el artículo 128.2 de la Constitución, adoptando las medidas que considere oportunas. A estos efectos, se consideran causas de intervención de una empresa: la suspensión de pagos o quiebra, la gestión irregular de la actividad cuando le sea imputable y pueda dar lugar a su paralización; y, la grave y reiterada falta de mantenimiento adecuado de las instalaciones que ponga en peligro la seguridad de las mismas. De forma similar lo regulaba el inc. f del art. 7 de la Ley del Gas, haciendo referencia específica a las «empresas concesionarias». Ello implica que, independientemente de la titularidad de la empresa, el Estado asume responsabilidades en caso de que se presente alguna de las citadas circunstancias, y aunque no se ha

llegado a definir qué implica tal intervención es claro que en aras del mantenimiento del servicio de interés económico general que prestan, las potestades de intervención reservadas al Estado son muy significativas y tienen consecuencias de gran trascendencia.

Por tanto, la consideración de si las infraestructuras deben estar en manos públicas o privadas, en el estado actual de cosas, no debe ser indiferente. No en tanto no se den las condiciones para que las empresas asuman la responsabilidad sobre sus decisiones y no sea el Estado –la sociedad– quien termine asumiéndolas. Hay que recordar además que el TCE por su parte, no prejuzga el régimen de propiedad. Cualquier consideración debe hacerse desde la perspectiva del interés general. Ciertamente es también que el mercado no responde a la consecución de objetivos de interés general. Éste es sólo un instrumento que puede llevar a ellos, siempre y cuando, se organice bajo ciertas reglas claras y transparentes y se conduzca y reconduzca, cada vez que sea necesario, a los fines pretendidos.

3. En relación con la regulación de las actividades, en general, queda la impresión de que la LSH, en su carrera por llegar primero, renunció a delimitar las actividades, en el marco de una Ley, que más precisamente se caracteriza por su carácter “transitorio”. En su lugar, las agrupó siguiendo los parámetros del tradicional régimen de monopolio, en torno al transportista y el distribuidor, que a su vez se definían por la posesión de las instalaciones. De esta manera, creó un sólo régimen jurídico para los transportistas, sin tomar en consideración que en el proyecto que se estaba planteando sería necesario trascender ese estado de cosas y que ello implicaría crear un régimen específico si no para cada actividad, al menos sí más preciso. Cuestión de la que tampoco se ha ocupado en su totalidad la reforma introducida por la Ley 12/2007, pero que sí está teniendo reflejo en las órdenes ministeriales que concretan en régimen económico del sistema que ha separado la retribución de la actividad de regasificación y del almacenamiento.

Por otro lado, tampoco se definió bien el parámetro para clasificarlas en actividades libres y reguladas. Esta es una cuestión que sí ha sido aclarada por la Ley 12/2007, pero sólo después de muchas interpretaciones sobre el tema. Al definir cada una de las actividades se descubre, por ejemplo, que la regasificación parece presentar todas las características necesarias para ser una actividad libre. Sin embargo, de acuerdo con la

LSH no lo es, y ello se comprende al estudiar la actividad y observar la relevancia de estas instalaciones en el funcionamiento general del sistema, más concretamente en la capacidad de regasificación total del sistema, cuyo control, al menos por ahora, no parece que pueda dejarse a las reglas de la libre competencia.

Más específicamente, como ya ha quedado constatado uno de los puntos débiles del proceso de liberalización es, precisamente, la regulación sobre la separación de actividades. Se han ido introduciendo diversas reformas a la LSH con el objetivo de detallar las reglas sobre este tema y precisar las condiciones que deben cumplir las empresas. Se ha llegado a establecer incluso un código de conducta, especialmente referido al tratamiento de la información. No obstante, hay que destacar que, aunque en algún caso tarde con respecto a la fecha de transposición, la LSH cumple con los requisitos establecidos por la Directiva del Gas. El problema que se plantea en torno a la separación de las actividades tampoco ha sido resuelto por las Directivas. La integración vertical de las actividades del sector continúa identificándose como uno de los mayores obstáculos para la introducción de competencia. De ahí que, la última propuesta de la Comunidad, sobre este tema, esté referida a la separación de la propiedad.

4. El sistema de ATR es otra de las piezas clave del sistema. Una técnica que viene impuesta por la normativa comunitaria y que, en un primer momento, se trasladó al sector del GN de manera poco crítica. En el nivel europeo, uno de los obstáculos principales que ha encontrado la técnica de ATR es la flexibilidad que ha tenido que conceder a los Estados miembros para conseguir acuerdos al respecto. En el nivel nacional, los presupuestos necesarios para su correcta aplicación eran diversos, pues a su funcionamiento subyace la idea de “independencia” del gestor de la red, de objetividad y no discriminación en la aplicación de las condiciones establecidas. Y en el sector del GN, una vez que se nombró el GrTS, la disposición y cumplimiento de las obligaciones relativas a su configuración accionarial, especialmente las relativas a la reducción de la participación de la empresa Gas Natural en el GrTS, constituyó un obstáculo para lograr la confianza que se requería para poner en práctica el sistema de ATR.

También son claras las dificultades que se reflejan en las Resoluciones de los conflictos de acceso de terceros a las redes y en los conflictos sobre la gestión técnica y económica

del sistema, que han cuestionado la independencia del Gestor y la aplicación de las NGTS con criterios de objetividad y no discriminación. Cuestiones fundamentales para que el funcionamiento del sistema sea ágil y no haya que recurrir constantemente al regulador para dirimir conflictos, con la consecuente ralentización de la toma de decisiones relativas a la gestión de las empresas.

En la aplicación de la técnica de ATR se refleja una modificación en cuanto al papel del Estado. El Estado cede espacio al delegar la coordinación del sistema en ENAGAS, así como la elaboración de las NGTS en los actores del sistema bajo la coordinación de ésta. Este repliegue se explica fácilmente si se piensa en el nivel de complejidad técnico de dichas normas. Pero hay que recordar que las NGTS requieren una aprobación final por parte del Gobierno que las convierte en públicas y obligatorias para todos los actores del sector, dando lugar a lo que la doctrina ha denominado autorregulación regulada. Por tanto el Gobierno continúa participando de manera significativa.

Por otro lado, hay que resaltar la imposición de una nueva estructura en ENAGAS, por la Ley 12/2007, a efectos de intentar separar sus actividades y dotar de mayor independencia al GrTS. La creación de una «Unidad Orgánica específica cuyo Director Ejecutivo será nombrado y cesado por el Consejo de Administración de la empresa, con el visto bueno del Ministro de Industria, Turismo y Comercio. La citada Unidad ejercerá las funciones del Gestor Técnico del Sistema en régimen de exclusividad y con separación contable y funcional (...) respecto al resto de las actividades de la empresa». El establecimiento de estas medidas genera una nueva contradicción, que sólo puede ser explicada a la luz de la imposición de obligaciones de interés económico general, y que aún así es cuestionable al menos desde la perspectiva de la participación del Gobierno en una empresa cuya independencia se pretende garantizar.

Además, hay que resaltar que, a diferencia de la autorregulación que se observa por ejemplo en las normas técnicas, los mecanismos de control del funcionamiento del sistema de ATR siguen siendo los tradicionales. Y esto puede representar un problema pues una de sus características es, precisamente, su elevado nivel técnico y de complejidad. Y aunque en una primera instancia es la CNE la encargada de resolver los conflictos de acceso de terceros a las instalaciones y los de gestión técnica del sistema, éstos se pueden elevar en alzada al Ministro. Y entonces, parecen cambiar los criterios

para resolverlos. En este sentido, sería importante otorgar a la CNE las facultades suficientes para que resuelva definitivamente.

Por otra parte, en esta primera etapa, la presencia de la CNE ha sido fundamental en el establecimiento del contenido mínimo de los contratos de ATR y en la regulación de los procedimientos que deben observarse para ejercer el derecho al ATR y la obligación a dar acceso e incluso sobre la contratación misma.

5. El régimen económico, a través de las órdenes ministeriales que lo concretan, constituye el reflejo más cercano de lo que acontece en el sector. Sin entrar a considerar las fórmulas de cálculo que se establecen en cada caso para la retribución de las actividades del sistema, (que se descubren por sí solas, como en el caso de la regasificación que se ha modificado en la Orden que regía para el año 2007, por considerarse que no garantizaba la recuperación de las inversiones, a menos que se cumplieran ciertas condiciones que no siempre se daban, y por lo tanto, se estaba afectando el esfuerzo inversor en una actividad planificada en la que, la recuperación de las inversiones debe estar garantizada) el objetivo del SEI es complejo y aún no se ha cumplido.

Nuevamente hay que destacar que pese al proceso de liberalización, las potestades que conserva el Estado, con respecto al régimen económico, son muy relevantes. Aún en el estado de avance del proceso de liberalización, cuando la Comunidad Europea, está pensando ya en una nueva reforma de las directivas, el Gobierno sigue conservando la potestad para realizar las modificaciones en la estructura tarifaria y de los peajes y cánones correspondientes con arreglo a los cuales se retribuyen las actividades. Además mantiene el control sobre las situaciones de emergencia que puedan presentarse, a través del control de las reservas estratégicas, y con ello asume, sin lugar a dudas, una responsabilidad muy relevante a efectos de la prestación del servicio de interés económico general, que por otra parte, responde al diseño mismo de los principios establecidos por los Tratados.

En otro orden de cosas, siempre en relación con el régimen económico, se puede concluir que las regulaciones establecidas no siempre se realizan a través de los instrumentos normativos más adecuados. En la regulación del régimen económico se

observa la utilización de órdenes ministeriales anuales para regular aspectos relevantes del régimen que trascienden la vigencia del instrumento normativo que las contiene. Ese hecho además puede propiciar inseguridad e incertidumbre con respecto al régimen en vigor, crea la necesidad de revisar toda la regulación respectiva sobre la materia a efectos de no correr riesgos innecesarios. Al estudiar el régimen se observan órdenes ministeriales que modifican otra que ha sido derogada expresamente y leyes que modifican órdenes ministeriales haciendo expresa mención de la misma en lugar de convertirla en una regla legal sin referencia a un instrumento normativo con carácter anual. También hay órdenes ministeriales que derogan normas reglamentarias. Es importante revisar esta cuestión para no crear más inseguridad, especialmente con el objetivo de que los nuevos entrantes que desconocen la trayectoria tengan un grado más alto de seguridad sobre el régimen regulatorio, ya que éstos están más a expensas de la transparencia del sistema. Si bien es cierto, con el desarrollo reglamentario se han ido llenando los vacíos, la situación de dispersión continúa siendo considerable.

Es comprensible que la adaptación rápida a la normativa legal que se va promulgando, en el caso del régimen económico, es especialmente importante a efecto de reflejar los costes reales del sistema, de manera que los actores puedan gestionar sus recursos de un modo óptimo. Pero esto, obviamente, debe lograrse sin faltar al ordenamiento jurídico.

6. El papel que juega la CNE es fundamental para el funcionamiento del sistema dentro de los límites señalados por el propio marco jurídico. Su importancia se ha visto reflejada tanto en el Reglamento (CE) 1775/2005, como en la Directiva del Gas y especialmente en la propuesta de creación de modificación de ésta, recientemente presentada. Sin embargo, la independencia sigue siendo su punto débil. Más precisamente, habría que decir, su adscripción al Ministerio. Y sobre este aspecto, la solución podría venir de las normas comunitarias pues la adaptación a éstas es una obligación cuya forma y medios se pueden elegir, pero no su resultado último.

La CNE es un ente cuyo nivel de exigencia en el cumplimiento de las funciones tiene un grado más alto, tanto en cuanto a la discreción, como en la especialización requeridas para llevar a cabo sus funciones, y de las que, precisamente, debería provenir su independencia. La especialización debe ser el rasgo distintivo que otorgue a la CNE un estatus especial, diferenciado. No se trata, por tanto, de atribuirle muchas funciones,

como está sucediendo, a través de diversos instrumentos normativos. Lo más importante sería que se acataran las que ya tiene. Especialmente relevante es la entrega de información completa y oportuna. Las potestades otorgadas a la CNE en cuanto a la recopilación de información son básicas para el ejercicio de sus funciones, sin embargo, aún no parecen suficientes, en el sentido de no contar con los mecanismos necesarios para obtenerla de forma completa y oportuna. Si bien, mediante la Ley 12/007 sus atribuciones se han ampliado considerablemente en relación con la supervisión de la actividad del Gestor, un mayor criterio decisorio debería otorgársele en relación con el régimen económico y la resolución de conflictos, de manera que, tanto resolución la fijación de tarifas, peajes y cánones como la resolución de conflictos de ATR y de gestión del sistema se limite, en la medida de lo posible, a cuestiones técnicas.

De la observación de las consideraciones establecidas en los informes y resoluciones de la CNE en relación con el SG, puede concluirse que el balance del funcionamiento de la CNE es positivo, pues se configura como una ventana al sistema que proporciona mucha transparencia. Otra cuestión es que los actores del sistema, -incluidas las Administraciones Públicas- colaboren en el grado que les corresponde para lograr mayor transparencia en el mismo.

7. En relación con el consumidor, por último (por ser el fin de la cadena pero también la razón de ser de todo el sistema y en congruencia con las afirmaciones hechas sobre el servicio público y los servicios de interés económico general), hay que destacar que el proceso no debe tener como resultado una reducción de sus derechos en el nuevo marco regulatorio. Muy al contrario, el nuevo marco legal amplía sus posibilidades de actuación y otorga algunas responsabilidades que nunca vienen mal para crear conciencia sobre el valor del servicio prestado, y ese aspecto es, obviamente, positivo. No obstante lo anterior, en el proceso de liberalización se ha desdeñado uno de los principales derechos del consumidor: el derecho a la información sobre el propio proceso. Las denuncias presentadas en los ayuntamientos por parte de vecinos que aún desconocen qué está pasando, y mucho menos sobre sus posibilidades de actuación, son un claro ejemplo. Esta es básicamente la función que les ha quedado a los Ayuntamientos respecto de los consumidores de GN. En cualquier caso, para qué otorgar más derechos al consumidor si no sabe cómo utilizar los que ya poseen, o, del todo, desconoce su existencia y el procedimiento establecido para ponerlos en práctica,

especialmente, en el caso de los consumidores domésticos. Una cosa es que, en un mercado liberalizado el consumidor que supera ciertos niveles de consumo adquiere una posición activa que, en efecto, amerita un régimen jurídico distinto, con un nivel de responsabilidad diferenciado. En ese caso, es razonable pensar que debe también asumir ciertos riesgos, a diferencia del consumidor doméstico que mantiene una cierta pasividad ante las restricciones propias del carácter de monopolio natural de las redes de distribución y por tanto, de las limitaciones en la elección de comercializador; especialmente en el inicio de esta nueva etapa en la que, el suministrador de último recurso, prácticamente, viene asignado por las normas. El consumidor, en general, ha permanecido ajeno al proceso de cambio excepto en situaciones que lo afectan de manera negativa.

Finalmente, debe destacarse que el texto original de la LSH, como se ha podido observar, prácticamente no implicaba ningún cambio con respecto al régimen de servicio público tradicional, pues en todo caso la garantía de suministro en los términos de calidad, continuidad, seguridad y precio –asequible– se han mantenido hasta la promulgación de la Ley 12/2007. A partir de esta Ley el suministro tradicional se transforma, en alguna medida, en el llamado suministro de último recurso y el suministro en el mercado liberalizado se rige, de momento, por el Título III del RLSH relativo al «Suministro» que continúa vigente.

Aún es pronto para llegar a alguna conclusión en relación con el suministro de último recurso. Sin embargo hay que destacar que, por un lado, de manera general, el artículo 2 de la LSH no ha sido objeto de modificaciones desde su promulgación. Este artículo dispone que las actividades del sector se ejercerán garantizando el suministro de gas por canalización «a los consumidores demandantes dentro del territorio nacional»; por otro, si bien la Ley 12/2007 ha eliminado la garantía tradicional contenida en el artículo 57, que establecía que el servicio «se realizará a todos los consumidores que lo demanden, comprendidos en las áreas geográficas pertenecientes al ámbito de la correspondiente autorización y en las condiciones de calidad y seguridad que reglamentariamente se establezcan por el Gobierno, en su lugar, de acuerdo con la Ley 12/2007 el distribuidor continúa teniendo la obligación de ampliar sus instalaciones y facilitar las conexiones en el ámbito geográfico de su autorización y la respectiva Administración competente está habilitada para determinar cuál distribuidor debe ampliar su red para atender nuevos

suministros en caso de que ninguno decida acometerlo y que seguirá existiendo la tradicional tarifa a través de la tarifa de último recurso. Asimismo el comercializador, en alguna medida, releva al distribuidor en sus funciones respecto de éste. Y para terminar el derecho de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de GN completa el sistema.

Por otro lado, hay que recordar en cuanto a la garantía de suministro, en su acepción más general, que la LSH establece una serie de condiciones para el uso de las reservas estratégicas a que están sometidos los obligados a mantenerlas. En este sentido, el Gobierno conserva la potestad de establecer las medidas, con el ámbito, la duración y las excepciones que considere pertinentes, en situaciones de escasez de suministro o en las que pueda estar amenazada la seguridad de las personas, aparatos o instalaciones, o la integridad de la red. Específicamente, está facultado para limitar o modificar temporalmente el mercado del GN, establecer obligaciones especiales en materia de existencias mínimas de seguridad del GN; suspender o modificar temporalmente los derechos de acceso, modificar las condiciones generales de regularidad en el suministro con carácter general o referido a determinadas categorías de consumidores, así como someter a autorización administrativa las ventas de GN para su consumo en el exterior, y cualesquiera otras medidas que puedan ser recomendadas por los organismos internacionales de los que España es parte, o que se determinen en aplicación de aquellos convenios en que participe. Además, debe establecer el régimen retributivo aplicable a aquellas actividades que se vieran afectadas por las medidas adoptadas, garantizando en todo caso un reparto equilibrado de los costes.

VI. Ciertamente, las relaciones entre el Estado y la sociedad están cambiando. Por un lado, ha cambiado la forma de gestión del servicio y en algunos aspectos la Administración ha cedido espacio para la actuación de nuevos agentes. Las privatizaciones han marcado la pauta en cuanto a la transformación del papel del Estado como prestador de servicios. La posición del consumidor se ha transformado pasando a tener un papel más activo. No obstante lo cual, en el sector del GN, continúa observándose una intervención administrativa muy significativa de la que ya se ha dado cuenta. La actuación del Estado, va más allá del hecho de imponer reglas con el fin de establecer los escenarios de actuación de los sujetos del SG. Las Administraciones continúan teniendo las mismas o incluso más intensas potestades de planificación,

regulación, dirección, inspección, supervisión y control sobre las actividades, especialmente a través de la AGE –en la personificación del MITC- CORES y la CNE. El servicio público no sólo no se abandona, sino que se refuerza a partir del impulso que le da el derecho comunitario europeo a través de los servicios de interés económico general. Se ha transformado pero para reforzarse.

Ciertamente, se trata de un proceso de transición que por sus características requiere de lapsos de tiempo prolongados para su consolidación. No obstante, aún queda un paso muy importante por dar, pues el Estado continúa asumiendo en muchos casos no sólo las tareas de regulación, control y vigilancia, sino también las responsabilidades y por tanto sus consecuencias. Y es que sigue siendo responsable último y directo de la seguridad del abastecimiento energético y del servicio de suministro como obligación de interés económico general según el marco constitucional vigente. Desde esta perspectiva se comprende mejor, la dificultad del proceso europeo en la conformación de una política energética, ya que ésta, está en el principio y el fin de una verdadera unión política de los Estados.

Aún queda un largo camino por recorrer para llegar al objetivo trazado por la LSH. El proceso requiere verdadera gradualidad y acompasamiento de las normas. No obstante, vista la realidad del sector y su importancia en la economía en general, no son pocas las técnicas de intervención tradicionales que han perdurado a lo largo del proceso de transformación, y esto no debe perderse de vista. Por ello no está de más recordar lo que señaló D. Sebastián Martín-Retortillo, en su obra *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo*: «Entiendo que más que desechar lo que evidentemente no sirve –los sistemas de actuación jurídico-administrativos- y acudir a procedimientos cuya eficacia está todavía por demostrar ¿no resultaría más razonable incidir e incidir de verdad en los distintos procedimientos de actuar de la Administración, flexibilizarlos, haciéndolos operativos en relación con las necesidades ciertas que impone la vida real, (...)»

No se trata de oponerse al cambio sin aducir razones, pero es necesario ser muy crítico en el proceso. En cualquier caso, lo relevante es actuar convincentemente en la dirección elegida, independientemente del camino por el que se opte.

BIBLIOGRAFÍA

I. Libros y Revistas

ADRIÁN ARNÁIZ, A., y QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Procedimiento de aplicación de las reglas sobre competencia de los artículo 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea», en *Derecho Europeo de la Competencia*, coord. Luis Antonio Velasco San Pedro, Lex Nova, 2005, pp. 362-434.

ALBI CHOLBI, F., *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Ed. Aguilar, 1960, p. 771.

ALCAIDE, J., «El sector del gas natural: Evolución y desarrollo futuro ante el mercado único Europeo», en *ICE*, núm. 670-671, Madrid, 1989, pp. 164-177.

ALCARAZ GARCÍA DE LA BARBERA, H., «La regulación de la infraestructura de telecomunicaciones», en *REDETI*, núm. 1, pp. 97-119.

ALONSO GARCÍA, R. , *Tratados y legislación básica de la Unión Europea*, Ed Thomson-Civitas, Madrid, 2007, p. 624.

___ *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, p. 305.

___ «La aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE por los órganos españoles», *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 17, núm. 2, 1990, pp. 437-478.

___ «Costes de transición a la competencia y ayudas públicas: reflexiones a la luz de la sentencia del tribunal de justicia de las comunidades europeas "preussenelektra", de 13 de marzo de 2001 (C-379/98)», *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, La Ley, núm. 4, 2001, pp. 1612-1617.

___ *Derecho Comunitario y Derechos Nacionales. Autonomía, Integración e Interacción*, Ed. ABELEDO-PERROT, Buenos Aires, 1999, p. 301.

___ *Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 673.

ÁLVAREZ ALDAY, M., y ALVARADO GARCÍA, C., «Diagnóstico financiero del sector gas», en *Boletín de Estudios Económicos*, núm. 137, Madrid, 1989, pp. 273-280.

ÁLVAREZ PELEGRY, E., «La interrelación del gas y la generación eléctrica ante la ley de hidrocarburos», en *Economía Industrial*, núm. 321, Madrid, 1998, pp. 123-133.

ARGANDOÑA RÁMIZ, A., «Regulación y liberalización en la economía española», en *Papeles de Economía Española*, núm. 21, Madrid, 1984, pp. 170-191.

ARIÑO ORTÍ Z, G., «Fallos y logros de los sistemas regulatorios» en *Regulación, desregulación, liberalización y competencia*, Círculo de empresarios Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 23-37.

ARIÑO ORTÍ Z, G., *Privatizaciones y liberalizaciones en España: Balance y resultados (1996-2003)*, t. I, Ed. Comares, Granada, 2004, p. 239.

____ *Privatizaciones y liberalizaciones en España: Balance y resultados (1996-2003)*, Tomo II, Ed. Comares, Granada, 2004, p. 391.

____ «El mercado único de la energía: los sectores del gas y la electricidad», en *NOTICIAS /CEE*, núm. 100, 1993, pp. 9-18.

____ «Infraestructuras: nuevo marco legal», en *REDETI*, núm. 10, 2001, pp. 59-77.

____ «La nueva regulación de las instalaciones en la Ley de Hidrocarburos y en la Directiva Europea del gas», en *REDETI*, núm. 3, 1998, pp. 11-39.

____ *Liberalizaciones 2000*, Ed. Comares, Granada, 2000, p. 318.

____ *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión pública, Regulación Económica*, segunda edición, Ed. Comares, Granada, 2001, p. 987.

____ «Regulación Económica y modelo de Administración en Administración Instrumental.» *Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*. Tomo I, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Civitas, Madrid, 1994, pp. 49-70.

____ *Economía y Estado. Crisis y reforma del Sector Público.*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 422.

ARIÑO ORTIZ, G. y DEL GUAYO CASTIELLA, I., «El proceso de liberalización gasista español en el contexto regulatorio europeo» Ponencia presentada en el XV Congreso Italo-Español de profesores de Derecho Administrativo, *El Derecho de la energía*, Sevilla-Córdoba, 20-22 de mayo de 2004, p. 19.

____ «La regulación de las Actividades Gasistas», en *Documentación Administrativa, El derecho de la Energía en España*, núm. 256, enero-abril, INAP, 2000, pp. 95-144.

____ «La nueva regulación de las instalaciones en la Ley de Hidrocarburos y en la Directiva Europea del Gas», en *Privatización y liberalización de servicios*, UAM-BOE, Madrid, 1999, pp. 209-230.

ARIÑO ORTIZ, G. y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., *Derecho de la Competencia en sectores regulados. Fusiones y adquisiciones, control de empresas y poder político*, Ed. Comares, Granada, 2001, p. 343.

ARIÑO ORTIZ, G., y DE LA CUÉ TARA, J. M., «Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 9, enero abril 2000, pp. 9-46.

ARIÑO ORTIZ, G., y DE LA CUÉTARA, J. M. y MARTÍNE Z LÓPEZ-MUÑÍZ, J. L., *El nuevo servicio público*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 277.

ARIÑO ORTIZ, G., y VELAS CO, F., «Los costes de transición a la competencia: perspectiva jurídica» en *Competencia y sector eléctrico: un nuevo régimen jurídico*, Ed. Civitas, Madrid, 1998, pp. 149-192.

ARROYO JIMÉNEZ, L., *Libre Empresa y títulos habilitantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 603.

ATIENZA SERNA, L, y DE QUINTO ROMERO, J., *Regulación y competencia en el sector del gas natural en España. Balance y propuestas de reforma*. Documento de trabajo 55/2004, Fundación Alternativas, 2004. (publicado en: www.falternativas.org)

BADOSA PAGÉS, J., «Gas natural en España: la energía de los años 90», en *Papeles de Economía Española*, núm. 29, Madrid, 1986, pp. 88-109.

BAENA DEL AL CAZAR, M., *Curso de Ciencia de la Administración*, Vol. I, 4ª edición, Ed. TECNOS, Madrid, 2000, p. 360.

___ «Privatizaciones y misiones de servicio público», en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, coord. Francisco Sosa Wagner, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 1881-1893.

BACIGALUPO SAGGESE, M., «La coordinación de la Comisión Nacional de la Competencia con los reguladores sectoriales en la nueva Ley de Defensa de la Competencia», en *RAP*, núm. 174, septiembre-diciembre, 2007, pp. 395-419.

___ «La regulación de los sectores energéticos», en *Cuadernos de Energía*, núm. 18, 2007, pp. 29-35.

___ «La intervención de la Administración en la energía» *Parte especial del Derecho Administrativo. La intervención de la Administración en la sociedad*, coord. Ed. Colex, Madrid, 2007, p. 1294.

___ «Las relaciones interadministrativas de cooperación y coordinación en la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local», *Revista de Estudios Locales*, núm. 85, 2005, pp. 17-27.

BASSOLS COMA, M., *Las obras públicas y el urbanismo. Los actos de uso del suelo y la ejecución de obras promovidas por la Administración del Estado*, Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, Colección Monografías, Madrid, 1994, p. 154.

BAÑO LEÓN, J. M ., *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el derecho español de la competencia*. McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 284.

___ *Límites constitucionales de la potestad reglamentaria: remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978*, Madrid, Civitas, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1991, p. 273.

— «El silencio administrativo: notas sobre una regulación anacrónica», *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI*; Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo. coord. Francisco Sosa Wagner, 2000, pp. 1343-1364.

— «El servicio de defensa de la competencia y el tribunal de defensa de la competencia: funciones y procedimiento», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 7, 1996 (Ejemplar dedicado a: La intervención administrativa en la economía, dir. Germán José Fernández Farreres, pp. 211-247.

BAZURO, A., «La cuestión «esencial» de la interconexión y el libre acceso a las infraestructuras: de dónde viene y a dónde va.», en *REDETI*, núm. 13, abril 2002, pp. 167-183.

BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo*, parte especial, tercera edición, Civitas, Madrid, 1998, p. 1264.

— «La administración inspectora», en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, coord. Francisco Sosa Wagner, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 1253-1270.

— «Las técnicas de reducción del contenido del derecho de la propiedad y las especialidades sectoriales: supuestos que aconsejan la revisión normativa vigente» en *DA*, núm. 222, abril-junio, 1990, pp. 149-168.

BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Las Administraciones Independientes. Un reto para el Estado Social y democrático de Derecho*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, p. 274.

BETANCOR RODRÍ GUEZ, A., «La incidencia organizativa de la integración europea en la Administración Española» en *RAP*, núm. 125, mayo agosto, 1991, pp. 495.

BILBAO UBILLOS, J. M., «Las Agencias Independientes: Un análisis desde la Perspectiva Constitucional», en *AFDUAM* 3, 1999, pp. 163-181.

BLANCO PEÑALBA, A., «La regulación del gas natural en España», en *Energía*, año XXVII, núm. 159, septiembre octubre, 2001, pp. 75-81.

BOGAS GÁLVEZ, J. D. , «La convergencia de gas y electricidad en el mercado energético global», en *Economía Industrial*, núm. 321, Madrid, 1998, pp. 111-122.

BORRAJO INIESTA, I. , «Intento de huir del Derecho Administrativo», en *REDA*, núm. 78, 1993, pp. 233.

BRONDEL BUSTURIA, G., «La política energética en la perspectiva de la adhesión de España a las Comunidades Europeas», en *España en Europa: aspectos políticos, Económicos y sociales*, Unión editorial, Madrid, 1980, pp. 43-51.

CABALLERO SÁNCHEZ, R., «El papel central de las infraestructuras en red en la liberalización de los servicio públicos económicos» en *RGDA*, IUSTEL, Madrid, 2002. (www.iustel.com).

___ «Infraestructuras en red» en, *Diccionario de Obras públicas y bienes públicos*, dir. Julio V. González García, IUSTEL, Madrid, 2007, pp. 417-431.

___ *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*, INAP, Madrid, 2003, p. 454.

___ «Régimen de los Hidrocarburos» en *Derecho de los Bienes Públicos*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2005, pp. 633-694.

CALLOL GARCÍA, P., «Intervención administrativa en la propiedad de las empresas energéticas. Control de concentraciones, el artículo 34 del Real Decreto Ley 6/2000 y otras medidas legislativas» en *Derecho de la Energía*, La Ley-Endesa, 2006, pp. 185-252.

CÁMARA OFICIAL DEL COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN, *España y el mercado común. Política energética*, Barcelona, 1971.

CARLÓN RUÍZ, M. , «Las autorizaciones industriales: un intento de aproximación sistemática» en *Estudios de Derecho Público Económico, Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Ed. Civitas, Madrid, 2003, pp. 841-878.

____ «La comisión del Mercado de las Telecomunicaciones», en *REDA*, núm. 102, 1999, pp. 229-255.

____ *Régimen jurídico de las telecomunicaciones: una perspectiva convergente en el Estado de las Autonomías*, La Ley-Actualidad, Madrid, 2000, p. 563.

CARRO, J. L., «Policía y dominio como técnicas de intervención en el Estado preconstitucional», en *REDA*, núm. 29, 1981, pp.287-305.

CASTELLANO TREVILLA, J.L., *Claves para un análisis técnico-jurídico de las telecomunicaciones en Política y Derecho de las Telecomunicaciones en la Unión Europea*, Tomo I, dir. Rogelio Pérez-Bustamante, Ed. Dykinson-Ministerio de Fomento, Madrid, 2000, p. 854.

CHAVES VIDAL, R. H., «La adaptación del monopolio de petróleos y los problemas del sector de refino», en *ICE*, núm. 670-671, Madrid, junio-julio 1989, pp. 139-153.

CHINCHILLA MARÍN, C., «El servicio público ¿crisis o renovación?» Régimen de los Servicios públicos, coord. Elisenda Malaret i García, *Cuadernos de Derecho Judicial*, año XVIII, 1996, pp. 59-98.

____ «El derecho a la ocupación del dominio público y de la propiedad privada necesarios para el establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones», *Telecomunicaciones: estudios sobre dominio público y propiedad privada*, coord. por M. Carmen Chinchilla Marín, 2000, pp. 93-148.

____ «La autorización ambiental integrada: la ley 16/2002, de 1 de Julio, de prevención y control integrados de la contaminación», *Revista andaluza de Administración Pública*, núm. 47, 2002, pp. 43-72.

CENTENO, R., *Economía del petróleo y del gas natural*, Ed. Tecnos, Madrid, 1974, p. 474.

CARLOS CÍSCAR, J., e, HIDALGO, I., «Energía y medio ambiente, una relación de futuro: los desafíos del Protocolo de Kioto», en *Energía del monopolio al mercado. CNE, diez años en perspectiva*, Thompsom-Civitas, Navarra, 2006, pp. 121-149.

COLOM PIAZ UELO, E., «Las infraestructuras energéticas. Su utilización para actividades de telecomunicaciones», en *Estudios de Derecho Público Económico, Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Ed. Civitas, Madrid, 2003, pp. 1228-1262.

— «Las expropiaciones forzosas motivadas por el establecimiento de instalaciones de gas» en *RAP*, núm. 142, Enero-Abril, 1997, pp. 481-508.

COSCULLUELA MONTANER, L., «Reflexiones sobre los presupuestos constitucionales y de derecho comunitario europeo y los principios generales de derecho público económico», en *Estudios de Derecho Público Económico, Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Ed. Civitas, Madrid, 2003, pp. 109-138.

COSCULLUELA MONTANER, L., y ORDUÑA RE BOLLO, E., *Legislación sobre Administración Local 1900-1975*, Instituto de Estudios de Administración Local, t. II y III, Madrid, 1983, pp. 897 y p. 991.

DARNACULLETA i GARDE LLA, M., *Autorregulación y Derecho Público: La autorregulación regulada*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 490.

DE BORJA LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F., «Presupuestos de la regulación de servicios de interés económico general», en *Panorama jurídico de las administraciones públicas en el siglo XXI, Homenaje al Profesor Eduardo Roca Roca*, dirigido por Jaime Rodríguez- Arana e Iñigo del Guayo Castiella, BOE-INAP, Madrid, 2002, pp. 801-827.

DE LA CRUZ FERRER, J., «Nuevas perspectivas en la regulación de las infraestructuras», en *Nuevo derecho de las infraestructuras*, Ed. Montecorvo, Madrid, 2001, pp. 119-160.

— *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico. Modelos y análisis de la Ley 54/1997*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 503.

— *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002, p. 356.

____ *Regulación, desregulación y neo-regulación*, en *Don Luis Jordana de Pozas: creador de ciencia administrativa*, Facultad de Derecho, Servicio de publicaciones, Madrid, 2000, pp. 347-388.

DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M., «Sobre infraestructuras en red y competencia entre redes», en *Nuevo derecho de las infraestructuras*, Ed. Montecorvo, Madrid, 2001, pp. 197-275.

____ «Sobre la competencia en y entre redes», en *REDETI*, núm. 10, 1998, pp. 11-33.

____ *Autorizaciones y licencias en telecomunicaciones. Su regulación presente y futura*, Ed. Montecorvo, Granada, 2000, p. 464.

____ «Sobre las infraestructuras en red», en *REDETI*, núm.1, junio 1998, pp. 13-46.

DE QUINTO ROMERO, J., y LÓPEZ MILLA, J., «El aprovisionamiento de gas y la seguridad de suministro en el sector eléctrico», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 271-272, agosto-septiembre, 2007, pp. 27-40.

DE LA QUADRA S ALCEDO, T ., *Liberalizaciones de las telecomunicaciones, servicio público y constitución económica europea*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p. 173.

DE LA RICA, J. M., «La evolución de los mercados de petróleo como condicionantes de la coyuntura económica mundial», en *Boletín de Estudios Económicos*, núm. 137, Madrid, 1989, pp. 201-212.

DE LA S ERNA BI LBAO, N. , *La privatización en España. Fundamentos constitucionales y comunitarios*. Aranzadi, Navarra, 1995, p. 340.

DE LOS RÍOS RODICIO, A. , *Política Energética española de 1972 a 1984*. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1988, p. 265.

DE MIGUEL GUILLAMÓN, J. , «Una política energética para el País Vasco», en *Boletín de Estudios Económicos*, núm. 137, Madrid, 1989, pp. 281-293.

DE QUINTO ROMERO, J. , «Principios económicos de tarificación», en *Precios y tarifas en sectores regulados*, Ed. Comares-FER, Granada, 2001, pp. 247-267.

___ *En busca de un mercado competitivo del gas natural en España*, Ed. Comares-Fundación Estudios de Regulación, Granada, 2001, p. 219.

DE QUINTO Y GLIRA SANZ, J. , «Medidas presentadas por el Gobierno con el fin de desarrollar el mercado del gas natural y fomentar una mayor competencia», en *Liberalizaciones 2000*, Ed. Comares, Granada, 2000, p. 318.

DEL GUAYO CASTIELLA, I., «La regulación económica como alternativa», *REDA*, núm. 160, 2006, pp. 227-254.

DEL GUAYO CASTI ELLA, I. , «Algunos antecedentes normativos inmediatos de determinados aspectos del Proyecto de Ley, de 2006, de modificación de la Ley de Hidrocarburos», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 271-272, agosto septiembre, 2007, pp. 5-15.

___ «El sistema Gasista y su Gestión Técnica», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 165, septiembre-diciembre, 2004, pp. 87-133.

___ «La gestión de los servicios públicos locales», *RAP*, núm. 32, julio-diciembre, 2001, pp. 49-76.

___ «Tarifas, peajes y cánones del gas natural», en *Precios y tarifas en sectores regulados*, Ed. Comares, Granada, 2001, pp. 47-86.

___ *El servicio público del gas*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 415.

DEL GUAYO CASTIELLA, I., LÓPEZ MILA, J., HANCHER, L., Competencia y regulación. Un análisis de la OPA de GAS NATURAL sobre ENDESA, Editorial Diles, S.L., Madrid, 2006, p. 230.

DEL GUAYO CASTIELLA, I., PIELOW, C. Y ZIMMERMANN, N., «Precisiones en torno a las Directivas de Electricidad y Gas», en *Noticias/CEE*, núm. 105, 1993, pp. 37-54.

DEL SA Z CORDE RO, S. , «La huída del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas», en *RAP*, núm. 133, 1994, pp. 57-98.

DESDENTADO DAROCA, E. , *La Crisis de Identidad del Derecho Administrativo: Privatización, huída de la regulación pública y Administraciones Independientes.*, Ed. Tirant lo Blanch alternativa, Valencia, 1999, p. 199.

DÍAZ LEMA, J. M., «La liberalización de las redes europeas de gas y electricidad. (Un estudio de las Directivas comunitarias 2003/54 y 2003/55)» en *Derecho de la Energía*, La Ley-Endesa, Madrid, 2006, pp. 77-126. (también publicado en *REDETI*, año VII, núm. 21, 2004. pp. 11-56).

____ «Condiciones para la creación de un mercado energético europeo» en *REDETI*, año IX, núm. 26, 2006, pp. 43-62.

DÍEZ-HOTCHLEINER, J. Y MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., *Derecho de la Unión Europea, Textos y comentarios*, Ed. Mc Graw Hill, Madrid, 2001, p. 1323.

DÍEZ-PICAZO, L. M. , «La idea de los servicios de interés económico general», en *Revista de derecho comunitario*, núm. 2, 2002, pp. 249-258.

DURBAN ROMERO, R., «El proceso de liberalización en los sectores de la electricidad y el gas natural. Las opciones de suministro para los consumidores: una visión del proceso» en *Energía del Monopolio al mercado. CNE, diez años en perspectiva*. Thomson-Civitas, Madrid, 2006, pp.277-306.

DURBAN ROMERO, R., GÓMEZ-ELVIRA, R., «El proceso de liberalización de los mercados de electricidad y gas natural, las opciones de suministro y los consumidores (1995-2005), CNE, 27 de diciembre de 2005, p. 140

ECHEVERRÍA BARBERO, J. M. , «Notas sobre la Ley de hidrocarburos», en *REDETI*, núm. 2, septiembre de 1998, pp. 155-157.

EDO HERNÁNDEZ, V., «El monopolio Español de petróleos 1927-1991: un análisis descriptivo en el contexto de las características monopolísticas, fiscales, de gestión y estructurales», en *ICE*, núm. 670-671, Madrid, 1989, pp. 154-163.

EMBED IRUJO, A., y COLOM PIAZUELO, E. , Comentarios a la Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, p. 491.

ENERGY CHARTER SECRETARIAT, Gas transit tariffs, in selected Energy Charter Treaty Countries, 2006, p. 86. (www.encharter.org)

ESCRIBANO COLLADO, P. , «El usuario ante los servicios públicos: Precisiones acerca de su situación jurídica», en *RAP*, núm. 82, abril-junio 1994, pp. 113-152.

ESTELLA DE NORIEGA, A., «La ejecución en España de la Directiva 98/30, relativa a la liberalización del sector del gas natural», en *RAP*, núm. 157, enero-abril 2002, pp. 393-421.

ESTEVE PARDO, J., *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 183.

FABRA UTRAY, J., «La explotación del sistema eléctrico nacional en 1988», en *ICE*, núm. 670-671, Madrid, 1989, pp. 97-106.

FANJUL MARTÍN, O. , «La empresa pública en el sector de hidrocarburos», en *Papeles de Economía Española*, núm. 38, Madrid, 1989, pp. 322-339.

___ «Los problemas de la industria petrolera», en *Papeles de Economía Española*, núm. 29, Madrid, 1986, pp. 78-87.

___ «Proceso configurador del INH», en *Economía Industrial*, núm. 248, Madrid, 1986, pp. 37-56.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. , «Los transportes por carretera y competencia», en *Transporte y competencia. Los procesos de liberalización de los transportes aéreo, marítimo y terrestre y la aplicación del derecho de la competencia*, Fundación Wellington-Civitas, Madrid, 2004, p. 416-536.

___ «Comentario al artículo 86 de la ley reguladora de las bases de régimen local», *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*, coord. Manuel Rebollo Puig, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 2303-2331.

___ «La comisión del Mercado de las telecomunicaciones» Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, núm. IV, 2003, p. 57-78.

___ «Administraciones instrumentales», en *Estudios para la reforma de la administración pública*, INAP, Madrid, 2004, p. 341-364.

___ «La planificación y ejecución de las obras públicas estatales y su articulación con otros planes de obras y con la ordenación territorial y urbanística. Comentarios a las disposiciones adicionales primera a tercera de Ley de concesión de obra pública», en *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones públicas*, coord. Rafael Gómez-Ferrer Morant, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1383-1460.

___ «Industria», en *Derecho Administrativo Económico*, dirigido por Sebastián Martín-Retortillo, t. II, la Ley, Madrid, 1991, pp. 407-550.

___ «Potestad tarifaria y equilibrio económico-financiero en las concesiones de servicios de las corporaciones locales», en *RAP*, núm. 87, Madrid, 1978, pp. 373-395.

___ *La ordenación de sectores económicos. El poder de gasto del Estado y de las Comunidades Autónomas*, Ed. MAP, 1996, pp. 107-129.

___ «Reflexiones sobre el principio de subsidiariedad y la Administración económica» en *Estudios de Derecho Público Económico, Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Ed. Civitas, Madrid, 2003, pp. 165-184.

___ «La infraestructura organizativa de la calidad y la seguridad industrial y el fenómeno del ejercicio por particulares de funciones de inspección y control» en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, coord. Francisco Sosa Wagner, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 2575-2590.

___ «Las relaciones organizativas en la Ley de Organización y Régimen Jurídico y de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común tras las modificaciones introducidas por la Ley 4/1999, de 13 de enero» en *Nuevas perspectivas del Régimen Local, Estudios en Homenaje al profesor José María Boquera Oliver*, coord. José M^a Baño León y Juan Climent Barberá, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 265-289.

___ «El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía» en *Justicia Administrativa*, Ed. Lex Nova, núm. 18, Madrid, 2003, pp. 7-21.

___ «Medidas urgentes para la liberalización y fomento de la economía: defensa de la competencia, precios y servicios municipales», en *Reforma y liberalización Económica. Los Decretos-Leyes de junio de 1996*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 216-247.

FERNÁNDEZ GARCÍA, J. J., «Gasoducto: Servidumbres y limitaciones», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 70, 1983, pp. 199 y ss.

___ *Definición de Servicio Público: su aplicación al problema del suministro del gas.*, Ed. Aranzadi, Madrid, 1984, p. 230.

FERNÁNDEZ GARCÍA, M. Y. , «Acerca de la interpretación y aplicación de las normas comunitarias sobre la competencia a las empresas gestoras de los tradicionales servicios públicos», *NOTICIAS/CEE*, núm. 257, junio, 2006, pp. 9-21.

___ «El concepto jurídico indeterminado de “servicio esencial” en la Constitución Española», *RAP*, núm. 170, 2006, pp. 325-338.

___ «Las obligaciones especiales de los operadores de los servicios esenciales económicos en red», *RAP*, núm. 163, 2004, pp. 127-153.

___ «Reflexiones sobre la noción de red (su relevancia en la regulación de los servicios esenciales económicos en red)», *REDETI*, año 6, núm. 18, 2003, pp. 11-34.

___ *Estatuto jurídico de los servicios esenciales en red*, Ciudad Argentina-INAP, Madrid-Buenos Aires, 2003, p. 649.

FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M. A., *La competencia*, Alianza Editorial, Madrid, 2000, p. 175.

___ «El papel de la agencia reguladora independiente», en *Economía Industrial*, núm. 316, Madrid, 1997, pp. 109-116.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., y SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Legislación Administrativa Española del siglo XIX*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977, p. 292.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., «Evolución y problemas del servicio público del gas», en *Tratado de Derecho Municipal*, t. II, Ed. Cívitas, Madrid, 1988, pp. 1495-1508.

___ «Inscripciones y autorizaciones industriales», en *RAP*, núm. 52, pp. 421-447.

___ «Silencio negativo, actos firmes y actos confirmatorios», en *RAP*, núm. 53, 1967, pp. 277-302.

___ «Reflexiones sobre las llamadas administraciones independientes», en *Administración Instrumental, Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Civitas, Madrid, 1994, t. I, pp. 427-439.

___ «La caracterización de la actividad gasista como servicio público», en *Primeras Jornadas «Derecho y Energía»*, t. II, Ente Vasco de la Energía, 1988, pp. 369-381.

FERNÁNDEZ SANT AMARÍA, F. y LEIRADO CAM PO, J., «Gas natural», en *Situación*, núm. 2, Bilbao, 1987, pp. 97-104.

FERNÁNDEZ TORRES, M., «El servicio público del gas», en *RAP*, núm. 86, 1978, pp. 53-180.

FERNÁNDEZ-CUESTA, N., «La liberalización del sector petrolero español», en *Economía Industrial*, núm. 248, Madrid, pp. 41-56.

FERRERAS DÍE Z, P., «Liberalización, privatización y política industrial», en *Economía Industrial*, núm. 318, Madrid, 1997, pp. 33-40.

FIESTAS HUMMLER, R. , «Regulación y libertad empresarial: el derecho de establecimiento en la Ley 54/1997 del sector eléctrico», en *Regulación sectorial y competencia*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, pp. 67-88.

FUENTETAJA PASTOR, J. A. , «Elementos autorizatorios y concesionales en los títulos habilitantes», en *RAP*, núm. 160, 2003, pp. 87-119.

FUERTE, M., «La Comisión Nacional del Mercado de Valores» en *Administración Instrumental, Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, coord. A. Pérez Moreno, t. I, Civitas, Madrid, 441-447.

FUERTE, M., *Redes inalámbricas municipales. Nuevo servicio público.*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 124.

GAFO FERNÁNDEZ, J. I., «El sector petrolero español y la adhesión a la CEE», en *Situación*, núm. 2, Bilbao, 1987, pp. 16-31.

GALLEGO ANABITARTE, A. , «El sector del gas en la Ley de Hidrocarburos de 1998. Algunas notas, (Libertad de empresa y responsabilidad del Estado. Autorizaciones. Período transitorio y fase final. Dificultades de la actividad comercializadora)», en *REDETI*, núm. 8, junio 2000, pp. 11-48.

GALLEGO ANABITARTE A., y **MENÉNDEZ RE XACH, A.** , «Artículo 97, Funciones del Gobierno», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, dir. Oscar Alzaga Villaamil, t. VIII, Cortes Generales, editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1998, p. 869.

GALLEGO ANABITARTE, A. y **RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.**, «La nueva regulación del mercado del gas natural», en *Economía Industrial*, núm. 321, Madrid, 1998, pp.47-58, y en *RAP*, núm. 148, enero-Abril, 1999, pp. 41-60.

GALLEGO, M. , «El sector del petróleo ante la próxima revisión del PEN», en *Economía Industrial*, núm. 248, Madrid, 1986, pp. 29-35.

GARCÍA ALONSO, J. M., «La energía en España, situación actual y perspectivas», en *Banco Atlántico estudios económicos y financieros*, Madrid, 1981. p. 253.

GARCÍA ALONSO, J. M., E IRANZO MARTÍN, J., *La energía en la economía mundial y en España*, Ed. AC, Madrid, 1988, p. 439.

GARCÍA ÁLVAREZ, G., «Los poderes normativos de las administraciones independientes en el ámbito económico», en *RAP*, núm. 171, Madrid, septiembre-diciembre, 2006, pp. 139-179.

GARCÍA DE COCA, J. A., «Régimen jurídico de las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general», en *Derecho Europeo de la Competencia*, coord. Luis Antonio Velasco San Pedro, Lex Nova, 2005, pp. 625-660.

___ «Régimen jurídico de las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 232, 2004, pp. 7-29.

___ «Notas sobre el régimen Jurídico y Financiero de las redes transeuropeas», en *REDETI*, núm. 12, 2001, pp. 49-82.

___ *Sector petrolero español: análisis jurídico de la despublicatio de un servicio público*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, p. 479.

GARCÍA ENTERRÍA, E., «El servicio público del gas», en *Problemas Actuales del Régimen Local*, Instituto García Oviedo, segunda edición, Sevilla, 1986, pp. 50-84.

___ «La naturaleza de la tasa y las tarifas de los servicios públicos», en *RAP*, núm. 12, 1982, pp. 129-157.

___ «La actividad industrial y mercantil de los municipios», en *RAP*, núm. 17, mayo-agosto, 1955, pp.87-138.

GARCÍA ENTERRÍA E. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 802.

GARCÍA FERNÁNDEZ, J., «La teoría de Stigler sobre la regulación como marco interpretativo de la política empresarial pública 1973-1988», en *Papeles de Economía Española*, núm. 38, Madrid, 1989, pp. 224-242.

GARCÍA LLOVE T, E., «Autoridades Administrativas independientes y Estado de Derecho», en *RAP*, núm. 131, mayo-agosto, 1993. pp. 61-118.

GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A. , «Aspectos de la administración económica», en *RAP*, núm. 12, Madrid, 1953, pp. 11-76.

GARCÍA URE TA, A., *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 366.

GARCÍA VERDUGO, J ., *Los mercados de futuros petrolíferos: una revolución silenciosa en el sector energético*, UNED, Madrid, 2000, p. 364.

GARCIMARTIN, F., «La libertad de establecimiento y el reconocimiento de los tipos societarios extranjeros: una revisión de la jurisprudencia del TJCE», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 252, 2006, año XXII, pp. 131-142.

GARRIDO FALLA, F., «¿Crisis de la evolución de servicio público?» en *Estudios de Derecho Público Económico, Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Ed. Civitas, Madrid, 2003, pp. 441-456.

___ «Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa», en *RAP*, núm. 11, Madrid, 1953. pp. 11-31.

___ «Origen y evolución de las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas», en *Administración Instrumental, Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, t. I, Ed. Civitas, Madrid, 1994. p. 27-46.

___ *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, p. 1836.

GARRIDO, J. A. , «Energía y sociedad: bases para las opciones energéticas», en *Boletín de Estudios Económicos*, núm. 137, Madrid, 1989, pp. 189-199.

GASCÓN Y MARÍ N, J., *Municipalización de servicio públicos*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1904, p. 289.

___ *Tratado elemental de Derecho Administrativo*, t. II, Imprenta clásica española, Madrid, 1921, p. 255.

GIBERT MASVIDAD, J. , Consideraciones para una política de precios del gas, en *ICE*, núm. 542, Madrid, 1978, pp. 113-118.

GIMENO FELIÚ, J. M. , «Sistema Económico y Derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas», en *RAP*, núm. 135, septiembre-diciembre, 1994, pp. 149-211.

GÓMEZ-FERRER MORANT, R. , «El Régimen General de los Centros Privados de enseñanza», en *RAP*, núm. 70, 1973, pp. 7-27.

GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R. , *La transición a la competencia: sus costes y sus posibles compensaciones. Un estudio crítico*, Ed. Marcial Pons-INAP, Madrid, 2003, p. 428.

___ «Una reflexión sobre la evolución del régimen económico del sector del gas natural.» Ponencia presentada en el XV Congreso Italo-Español de profesores de Derecho Administrativo, *El Derecho de la energía*, Sevilla-Córdoba, 20-22 de mayo de 2004, p. 25.

GONZÁLEZ GARCÍA A, J. V. , «Dos cuestiones sobre la compartición de las infraestructuras de telecomunicaciones», en *RAP*, núm. 153, Madrid, septiembre-diciembre, 2000, pp. 351-379.

___ «El derecho público interno y el derecho comunitario», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 20, núm. 60, septiembre-diciembre, 2000, pp. 351-357.

___ «Competencia municipal para la ordenación del establecimiento de redes públicas de comunicaciones», en *Revista Urbanismo y Edificación*, núm. 4, 2001, pp. 101-116.

___ «Infraestructuras de telecomunicaciones y cuestiones locales», Monografía asociada a la *Revista Urbanismo y Edificación*, núm. 7, Aranzadi, Navarra, 2003, p. 297.

___ «El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de Norteamérica», McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 226.

GONZÁLEZ RABANAL, M^a C., «La política energética» en *Políticas de la Unión Europea*, 3ª ed., Madrid, 2006, pp. 847-897.

GONZÁLEZ RÍOS, I., *El dominio público municipal: Régimen de utilización por los particulares y compañías prestadoras de servicios*, Ed. Comares, Granada, 2001, p. 297.

GONZÁLEZ SALINAS, J., «Naturaleza jurídica y posición del consumidor en el contrato de suministro de gas.», en *La protección jurídica del ciudadano. Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional Libro homenaje al Prof. Dr. D. Jesús González Pérez*, coord. Lorenzo Martín Retortillo, t. III, Ed. Civitas, Madrid, 1993, pp. 1737-2859.

___ «El servicio público del gas», en Régimen jurídico de los servicios públicos, coord. Elisenda Malaret i García, *Cuadernos de Derecho Judicial*, año XVIII, 1996, pp. 169-358.

___ «Infraestructuras del gas», en XI Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo. Barcelona-Girona, 26, 27 y 28 de septiembre de 1996 (Construcción y gestión de grandes infraestructuras públicas), Ed. Cedecs, Barcelona, 1998, pp. 170-257.

___ «Aproximación a las nuevas regulaciones del sector del gas», en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín Retortillo*, coord. Dr. Luis Cosculluela Montaner, Ed. Civitas, Madrid, 2002, pp. 1023-1059.

GONZÁLEZ SANFIEL, A., «Competencia en las infraestructuras y nuevo régimen para las de dominio público», en *Nuevo derecho de las infraestructuras*, Ed. Montecorvo, Madrid, 2001, pp. 161-195.

___ *Un nuevo régimen para las infraestructuras de dominio público*, Ed. Montecorvo-Fundación Canaria Mapfre, Guanarteme, Madrid, 2000, p. 351.

GONZÁLEZ VARAS IBÁÑEZ, S., «El suministro en el sector energético» en *Derecho de la Energía*, La Ley-Endesa, 2006, pp. 151-183.

____ *Los Mercados de interés general*. Ed. Comares, Granada, 2001, p. 607.

____ «Requiem por los servicios públicos», en *Nuevas perspectivas del régimen local*, estudios en Homenaje al profesor José María Boquera Oliver, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 1345-1362.

HAALAND MATLARY, J. , *Energy policy in the European Union*, Ed. Macmillan press Ltd, Londres, 1997, p. 174.

HERNÁNDEZ CASTILLA, N. Y LÓPE Z DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., *Privatizaciones, liberalización y bienestar*, Ed. Comares, Granada, 2000, pp. 99-111.

HUIDOBRO Y ARRE BA, M. L. , «Energía y planificación», en *ICE*, núm. 670-671, Madrid, junio-julio, 1989, pp. 17-33.

INSUNZA VALLEJO, E., «El mercado interior de la energía eléctrica: obstáculos para su implantación», en *Boletín de Estudios Económicos*, núm. 137, Madrid, 1989, pp. 213-225.

IRANZO MARTÍN, J. E. , «El sector energético español: realidades y posibilidades», en *Papeles de Economía Española*, núm. 21, Madrid, 1984, pp. 271-290.

IZQUIERDO, R. , «Nuevo modelo de gestión y financiación de infraestructuras», en *Nuevo Derecho de las Infraestructuras*, Ed. Montecorvo, Madrid, 2001, pp. 13-32.

JENNY, F., «La política de competencia en una economía global. Su relación con el comercio, la inversión y el desarrollo», en *Economía Industrial*, núm. 318, Madrid, 1997, pp. 45-60.

JEZÉ, G., *Principios generales del derecho administrativo II*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1949, (traducción directa de la 3ª edición francesa por Julio N, San Millán), p. 440.

JIMÉNEZ BLANCO, A. , «Régimen General de las licencias», en *Tratado de Derecho Municipal*, t. II, 2ª edición, dir. Santiago Muñoz Machado, 2003, pp. 1429-1440.

JIMÉNEZ ASENSIO, R., «La Dirección de la Administración Pública como función del Gobierno», en *RVAP*, núm. 34-II, 1992, pp.

JIMÉNEZ BLANCO, A., PAREJO ALFONSO, L. y ORTEGA ALVAREZ, L., *Manual de Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 1998, p. 999.

JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F. J., «Hacia un nuevo concepto de infraestructura pública/obra pública desligado al dominio público y del servicio público», en *Nuevo derecho de las infraestructuras*, Ed. Montecorvo, Madrid, 2001, pp. 53-67.

— «Organización instrumental pública en la Ley de Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado», en *Estudios sobre la Ley de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 155-186.

— *Obras públicas e iniciativa privada*, Ed. Montecorvo, S. A., 1998, Madrid, p. 319.

— «Los organismos autónomos en el derecho público Español: Tipología y Régimen jurídico», *Colección Monografías*, INAP, Madrid, 1987, p. 379.

LAGUNA DE PAZ, J. C., «Nuevo marco jurídico de las actividades liberalizadas», en *Nuevas perspectivas del régimen local, estudios en Homenaje al profesor José María Boquera Oliver*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 1339-1431.

LASHERAS, M. A., «La teoría de la Regulación: un panorama», en *Energía del monopolio al mercado. CNE, diez años en perspectiva*, Thompson-Civitas, Navarra, 2006, pp. 153-188.

— «Distribución de rentas en la regulación de tarifas y reestructuración de telecomunicaciones y energía», en *Papeles de Economía Española*, núm. 88, Madrid, 2001, pp. 230-239.

— Los efectos de cambiar las tarifas reguladas por precios libres en telecomunicaciones y energía, en *Economistas*, núm. 82, 1999, pp. 134-150.

____ *La regulación Económica de los Servicios Públicos*, Ed. Ariel Economía, Madrid, 1999, p. 402.

LAVILLA RUBI RA, J. J. , *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América*, coed. Del Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho y la Ed. Civitas, Madrid, 1991, p. 365.

LEGUINA VILLA, J. , «Algunas ideas sobre la Constitución y la Huida del derecho Administrativo», en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 19, 1995, pp. 9-13.

LOPEZ CANDELA, J. E. , *Sobre la necesidad de un concepto de servicio público*, Consejo General del Poder Judicial-Fundación Wellington, Madrid, 2004, p. 164.

LÓPEZ DE SILANES BUS TO, J. L. , «Aprovisionamiento y transporte del gas natural. La situación en la UE y en España», en *Economía Industrial*, núm. 321, Madrid, 321, pp. 87-96.

LÓPEZ GUERRA, L. , «La posición Constitucional del Gobierno», en *Gobierno y Administración en la Constitución*, Vol. I, Dirección general del Servicio Jurídico del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988, pp. 17-33.

____ *Las controversias competenciales en la jurisprudencia constitucional*, INAP, Madrid, 1999, pp. 401-417.

LOPEZ IB OR MAYOR, V. , «La liberalización del Sector Eléctrico: Perspectiva jurídica», en *REDA*, núm. 98, abril-junio, 1998, pp.191-210.

LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F., «Presupuestos de la regulación de servicios de interés general», en *Panorama Jurídico de las Administraciones públicas en el siglo XXI, Homenaje al Profesor Eduardo Roca Roca*, coord. Jaime Rodríguez Arana e Iñigo del Guayo, BOE-INAP, Madrid, 2002, p. 818.

LÓPEZ RAMÓN, F., «Infraestructuras de energía y ordenación del territorio» Ponencia presentada en el XV Congreso Italo-Español de profesores de Derecho Administrativo, *El Derecho de la energía*, Sevilla-Córdoba, 20-22 de mayo de 2004, p. 9.

LÓPEZ RAMÓN, F., «El consejo de seguridad nuclear: un ejemplo de administración independiente», en *Administración Instrumental, Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, t. I. Civitas-Universidad de Sevilla, Madrid, 1994, pp. 575-595.

LUCAS TOBAJAS, A. B., «Comentario a la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia 540/02 relativa a la declaración de abuso de posición de dominio de gas natural» en *RGDA*, núm. 5, IUSTEL, Madrid, mayo 2004, p. 15. (www.iustel.com)

MALARET I GARCIA, E., «Comunidades Autónomas y regulación sectorial: la distribución de competencias en la energía» en *Energía del monopolio al mercado. CNE, diez años en perspectiva*, Thompsom-Civitas, Navarra, 2006, pp. 404-433.

— «Servicio público, actividad económica y competencia. ¿Presenta especificidades la esfera local?», material de clase del Master en Derecho y Administración Local, Universidad Autónoma de Madrid, 2006, p. 32. (inédito).

— «Regulación económica: su instrumentación normativa. (El lugar de la ley en el Estado regulador, la experiencia reciente española)» en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero-diciembre 2003, pp. 327-360.

— «Servicios públicos, funciones públicas, garantía de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto», en *RAP*, núm. 145, 1998, pp. 49-88.

— «La Comisión Nacional del Mercado de valores», en *REDA*, núm. 76, 1992, pp. 557-597.

MAGIDE HERRE RO, M., *Límites constitucionales de las administraciones independientes*, INAP, Madrid, 2000, p. 561.

MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y derecho de la unión europea*, 5ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2005, p. 771.

MANZANEDO, J. A., *Curso de Derecho Administrativo Económico, (ensayo de una sistematización)*, Instituto de Estudios de la Administración local, 1970, p. 183.

MARAVALL, F., «El sector energético español ante el mercado interior comunitario» en *ICE*, núm. 670-671, 1989, pp. 35-42.

MARÍN QUEMADA, J. M. , «El balance de energía: situación actual. Los planes energéticos», en *Situación*, núm. 2, Bilbao, 1987, pp. 5-8.

___ «Petróleo 1987: investigación, producción, refinó y comercialización en España», en *Situación*, núm. 2, Bilbao, 1987, pp. 9-15.

MARTÍ DEL MORAL, A. , *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, INAP, Madrid, 2000, p. 287.

MARTÍN MATEO, R. , *Liberalización de la Economía. Más Estado, menos Administración*, Ed. Trivium, Madrid, 1988, p. 227.

___ *Nuevo Derecho energético*, Instituto de Estudios de Administración Local, Ed. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982, p. 439.

___ *Ordenación del sector público en España*, Civitas, Madrid, 1973, p. 606.

MARTÍN MUNICIO, Á., COLI NO MARTÍNE Z, A. , (directores) *Diccionario Español de la Energía*, Informado favorablemente por la Real Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales, y la Real Academia de Ingeniería, Enresa, Madrid, 2003, p. 816.

MARTÍN REBOLLO, L., *Leyes Administrativas*, Thomson Aranzadi, 11ª edición, 2005, p. 2689.

___ «Sociedad, economía y estado», en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín Retortillo*, coord. Luis Cosculluela Montaner, Ed. Civitas, Madrid, 2002, pp. 611-648.

MARTÍN RETORTILLO, S. , «Reflexiones sobre las privatizaciones», en *RAP*, núm. 144, septiembre-diciembre 1997, pp. 7-43.

___ «Las empresas públicas: reflexiones del momento presente», en *RAP*, núm.126, 1991, pp. 63-132.

___ «Antecedentes del concepto de plan y su referencia a la legislación de fomento del siglo XIX», en *RAP*, núm. 49, 1966, p.

___ «La ordenación jurídico-administrativa del sistema económico en los últimos cincuenta años», en *RAP*, núm. 150, 1999, pp. 247-316.

___ *El derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, Segunda edición, 1996, p. 249.

___ *Derecho Administrativo Económico*, Ed. Civitas, Madrid, Segunda edición, tomo 1, 1996, p. 504.

___ «Reflexiones sobre la nueva administración económica», en *Las estructuras del bienestar en Europa, Escuela Libre*, Ed. Civitas, Madrid, 2000, pp. 449 y ss.

MARTÍNEZ-FALERO GARCÍA, B., «El gestor técnico del sistema» en *Derecho de la Energía*, La Ley-ENDESA, Madrid, 2006, pp. 525-576.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L., *La regulación económica en España*, en *El nuevo Servicio Público*, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, S.A., Madrid, 1997, pp. 185-269.

MARTÍNEZ URQUIJO, J. M., «Las reglas del juego de la cogeneración», en *Boletín de Estudios Económicos*, núm. 137, Madrid, 1989, pp. 327-339.

MARTOS DE CASTRO, F., «Aportación para una historia de la industria del gas en España», en *Economía industrial*, núm.104, Madrid, 1972, pp. 33-52.

MEILÁN GIL, J. L., *Progreso tecnológico y servicios públicos*, Thomson-Civitas, Navarra, 2006, p. 261.

___ *La cláusula de progreso de los servicios públicos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1980, p. 262.

___ «Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión, (A propósito del régimen jurídico de las centrales lecheras)», en *RAP*, núm. 71, mayo-agosto 1973, pp. 59-99.

MENÉNDEZ REXACH, A., *Régimen urbanístico de las obras públicas*, material de clase del Master en Derecho y Administración Local, Universidad Autónoma de Madrid, 2006, (inédito).

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M., «El servicio público de la electricidad y del gas y las empresas prestadoras», en *RGDA*, núm. 7, IUSTEL, Madrid, 2004, p. 8. (www.iustel.com)

MENÉNDEZ, P., «Una interpretación renovada de la reserva de servicios esenciales en favor de las Entidades Locales (especial referencia a abastecimiento de aguas y suministro de gas)», en *REDA*, núm. 89, enero-marzo, 1996, pp. 49-70.

MERINO MERCHANT, J. F. , **Y PÉRE Z-UGENA, M.** , «Función arbitral de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones», en *Régimen de las telecomunicaciones*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 89 y ss.

MESTRE DELGADO, J. F. , «Las formas de prestación de los servicios públicos locales tras la ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local», en *RGDA*, núm. 7, IUSTEL, Madrid, 2004. (www.iustel.com)

MONTERO PASCUAL, J. J., «Titularidad Privada de los servicios de interés general. Orígenes de la regulación económica de servicio público en los Estados Unidos. El caso de las telecomunicaciones», en *REDA*, núm. 92, octubre-diciembre, 1996, pp. 567-591.

MORENO BLESÁ, L., «La política energética comunitaria», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 165, 1998, p. 77-94.

MORENO GIL, O. , «La institución de la expropiación forzosa en la Ley del Gas de 10/1987, de 15 de mayo», en *Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del siglo XX, Libro Homenaje al Prof. Garrido Falla*, Ed. Complutense, Madrid, 1992, pp. 1511-1530.

MORENO MOLINA, A. M. , *La ejecución administrativa del Derecho Comunitario. Régimen Europeo y Español*, Marcial Pons-Universidad Carlos III de Madrid, 1998, p. 309.

___ «La administración por Agencias en los Estados Unidos de Norteamérica», en *Colección Monografías*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado Madrid, 1995, p. 356.

MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio Público y Mercado, Los Fundamentos*, Ed. Civitas, t. I, primera edición, Madrid, 1998, p. 324.

___ *Servicio Público y Mercado, Las Telecomunicaciones*, Ed. Civitas, t. II, primera edición, Madrid, 1998, p. 245.

___ *Servicio Público y Mercado, La Televisión*, Ed. Civitas, t. III, primera edición, Madrid, 1998, p. 259.

___ *Servicio Público y Mercado, El sistema Eléctrico*, Ed. Civitas, t. IV, primera edición, Madrid, 1998, p. 203.

___ «Los límites constitucionales de la libertad de empresa», en *Estudios de derecho público económico. Libro homenaje al Profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, coord. Cosculluela Montaner, Civitas, Madrid, 2003, pp. 139-163.

___ *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, tomo I, Ed. Thomson-Civitas, primera edición, Madrid, 2004, p. 1416.

NAVARRO, L. , «El desarrollo del Mercado Gasista en la Ley del Sector de Hidrocarburos. Algunos comentarios» en *Economía Industrial*, núm. 321, 1998, pp. 59-64.

NEBOT LOZANO, J. M. , «Competencia y servicio público en la actividad eléctrica» en *Competencia y Sector Eléctrico: un nuevo régimen jurídico*, Ed. Civitas, 1ª edición, Madrid, 1998, p. 13-35.

NEBRED A PÉRE Z, J. M. , «La liberalización de las actividades eléctricas de distribución y comercialización», en *Competencia y Sector Eléctrico: un nuevo régimen jurídico*. Unión Fenosa-Civitas-Unesa, Madrid, 1998, pp. 231-259.

____ «Arbitraje y entes reguladores (CNE y CMT)», en *REDETI*, núm. 13, 2002, pp. 39-68.

NEVADO-BATALLA MORENO, P., «Nuevas perspectivas sobre el régimen de las medidas de seguridad en el ámbito industrial», en *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI, en Libro Homenaje a Ramón Martín Mateo*, coord. Francisco Sosa Wagner, T. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 2655-2681.

NIETO GARCÍA, A., «Un supuesto concreto de implantación de redes en el dominio local: el servicio telefónico», en *Municipios y redes de servicios públicos*, ponencias de las Segundas jornadas de Derecho Local, Caixa de Catalunya, Girona, 1989, p. 267.

____ «Algunas precisiones sobre el concepto de policía» en *RAP*, núm. 81, 1976, pp. 35-76.

ORTEGA BERNARDO, J., «Competencias, servicios públicos y actividad económica de los municipios» en *RAP*, núm. 169, 2006, pp.55-98.

ORTEGA MARTÍN, E., «Energía eléctrica y energía nuclear» Derecho Administrativo Económico, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, año XII, 2000, pp. 91-152.

ORTIZ CALLE, E. , «La Agencia Estatal de la Administración Tributaria», en *Colección Monografías*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1998, p. 356.

PARADA VAZQUE Z, R. , *Derecho Administrativo II, Organización y Empleo*, Décimo sexta edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 578.

____ «Las administraciones independientes», en *Administración Instrumental, Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Tomo I. Civitas-Universidad de Sevilla, Madrid, 1994, pp. 653-691.

PAREJO ALFONSO, L., «Breve noticia de las principales novedades normativas en el año 2005 en materia de gas natural», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 271-272, agosto septiembre, 2007, pp. 17-26.

____ «La potestad Normativa de las Llamadas Administraciones Independientes. Apuntes para un estudio del Fenómeno», en *Administración Instrumental, Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Tomo I. Civitas-Universidad de Sevilla, Madrid, 1994, pp. 635-652.

____ «El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la «crisis» de las prestaciones y de los servicios públicos», en *RAP*, num. 153, 2000, pp. 217-249.

PARRA IGLESIAS, E., «Petróleo y gas natural: industria, mercados y precios», en *Economía Actual*, Ed. AKAL, Madrid, 2003, p. 348.

PARRA M ÚÑOZ, J. F ., *El servicio público local, ¿una categoría a extinguir?*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2006, p. 165.

PAYÁ, C. y GARCÍA SIÑERI Z, B., «Hispanoil en la hora actual», en *Economía Industrial*, núm. 248, Madrid, 1986, pp. 73-79.

PELEGRY, E., «Carbón térmico. El papel de las importaciones», en *ICE*, núm. 670-671, Madrid, junio-julio 1989, pp. 178-200.

PÉREZ CAVA, F., «Estructura del sector de combustibles gaseosos en España», en *Economía Industrial*, núm. 248, Madrid, 1986, pp. 57-72.

PÉREZ DE AYALA BECERRIL, L., «El sistema gasista y sus agentes» en *Derecho de la Energía*, La Ley-ENDESA, Madrid, 2006, pp. 445-524.

PÉREZ FRANCESCH, J. L., «Notas acerca del Gobierno como órgano de dirección política en la Constitución Española de 1978», en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 2, 1992, pp. 209-225.

PETITBÒ JUAN, A., «La defensa de la competencia», en *Economía Industrial*, núm. 318, Madrid, 1997, pp. 11-24.

POMED SANCHE Z, L. A., «Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones Independientes. (defendiendo su constitucionalidad)», en *RAP*, núm. 132, septiembre-diciembre, 1993, pp. 117-169.

PONS CÁNOVAS, F ., *La incidencia de las intervenciones administrativas en el derecho de la propiedad. Perspectivas actuales*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 247.

PRESNO LINERA, M. A., *Los Partidos Políticos y las distorsiones de la Democracia*, Ed. Ariel, Barcelona, 2000, p. 251.

RALLO L OMBARTE, A. , «Poderes neutrales exentos de control gubernamental: Reflexiones Constitucionales», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 36, 1995, p. 105-136.

___ *La constitucionalidad de las Administraciones independientes*, Ed. Tecnos, Madrid, 2001, p. 343.

RASINES GARCÍA, L. A. , «El proceso liberalizador del mercado gasista británico, algunas reflexiones», en *Economía Industrial*, núm. 321, Madrid, 1998, pp. 97-109.

___ «La liberalización del mercado del gas natural, del monopolio a un régimen de competencia», en *Economía Industrial*, núm. 321, Madrid, 1998, pp. 71-79.

___ «La política comunitaria del gas natural», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 179, diciembre, 1999, pp. 71-80.

___ «La liberalización del mercado del Gas Natural en España», en *EKONOMIAZ: Revista Vasca de Economía*, núm. 44, Segundo Cuatrimestre, 1999, pp. 323-339.

REBOLLO PUIG, M . «Juridicidad, legalidad y reserva de Ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno», *RAP*, núm. 125, 1991, pp. 7-174.

___ «Propuesta de regulación general y básica de la inspección y de las infracciones y sanciones administrativas», *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, dir. Fernando Sáinz Moreno (dir.), INAP, 2004, pp. 447-478;

RIVERO ORTEGA, R. , *Introducción al Derecho Administrativo Económico*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 1999, p. 155.

RIVERO TORRE, P. , «Análisis de la política energética en España», en *Boletín de Estudios Económicos*, núm. 137, Madrid, 1989, pp. 227-237.

RODRÍGUEZ PONTÓN, F. , «Gobierno Política y Administración: Elementos de debate para las «Administraciones Independientes», en *Autonomies*, núm. 24, Barcelona, febrero, 1999, pp. 189-233.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑO Z, J. , «La empresa pública en el Estado social y democrático de derecho», en *Actualidad y perspectivas del derecho público a fines del siglo XX, Libro homenaje al Profesor Garrido Falla*, vol III, Ed. Complutense, Madrid, 1992, pp. 1673-1701.

RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLE Z, S. , «Normalización industrial y derecho comunitario de la competencia», en *RAP*, núm. 158, mayo-agosto 2002, pp. 187-212.

____ «La creación de mercados regulados: Consecuencias para el estado social de derecho», en *RGDA*, núm. 8, IUSTEL, marzo 2005, p. 24 (www.iustel.com)

RODRÍGUEZ PONTÓN, F. J., «Gobierno Política y Administración: elementos de debate para las “Administraciones independientes» en *Autonomies*, núm. 24, 1999, pp. 189-232.

ROLDÁN MARTÍN, A . , «Los nuevos contornos del servicio público» Derecho Administrativo Económico, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, año XII, 2000, pp. 15-56.

ROQUETA, J. M . , «Reconversión Industrial del sector gas ciudad a través de la disponibilidad de gas natural», en *Economía Industrial*, núm. 96, Madrid, 1971, pp. 101-108.

RUBIO LLORENTE, F. , *La Forma del Poder. Estudio sobre la Constitución*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 657.

SÁENZ DE SANTAMARÍA, P. A . , **GON ZÁLEZ VEGA, J.**, **FERNÁNDEZ PÉREZ, B.**, *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, 2ª Ed. Eurolex, Madrid, 1999, p. 768.

SÁEZ GARCÍA, J. M., «El papel de las compañías distribuidoras en el desarrollo del gas en España», en *Economía Industrial*, núm. 243, Madrid, 1986, pp. 81-88.

SAIZ A RNAIZ, A ., «El Gobierno y la Dirección Política», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 34, 1992, pp. 185-200.

SALA ARQUER, J. M. , *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Ed. Civitas, Madrid, 2000, p. 106.

___ *La liberalización del monopolio de petróleos en España*, Ed. Marcial Pons-UAM, Madrid, 1995, p. 200.

___ «El Estado Neutral, Contribución al estudio de Administraciones Independientes», en *REDA*, núm. 42, abril-junio, 1984, pp. 401-422.

___ *El principio de continuidad de los servicios públicos. Sus orígenes en el Derecho español*, INAP, Madrid, 1977, p.

SALAS HERNÁNDEZ, J., «Energía», en *Derecho administrativo Económico*, dir. S. Martín Retortillo, vol. II, La Ley, Madrid, 1991, pp. 867-956.

___ «Régimen Jurídico de las concesiones del servicio de suministro de gas por canalización», en *REDA*, núm. 65, enero-marzo 1990, pp. 17-45.

___ *Régimen Jurídico administrativo de la energía eléctrica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia 1977, p. 502.

___ «Sobre la naturaleza jurídica de las relaciones entre los usuarios de servicios públicos y las empresas concesionarias», en *REDA*, núm. 4, enero-marzo 1975, pp. 29-47.

SÁNCHEZ AGESTA, L. y GOIG MARTÍNEZ , J. M. , «Del Gobierno y la Administración», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978, tomo VIII, Cortes Generales*, editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1998, pp. 19-39.

SÁNCHEZ BUSTAM ANTE, A ., «El derecho de acceso de terceros a las redes eléctricas», en *Regulación sectorial y competencia*, Civitas, 1ª Ed., 1999, pp. 125-141.

SÁNCHEZ GOYANES, E. , «El servicio público de suministro de gas», en *Derecho Local Especial*, tomo I, El consultor de los ayuntamientos y de los juzgados, Madrid, 1997, pp. 402-438.

SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, M., «Las resoluciones de la Comisión Nacional de Energía por las que se establecen y hacen públicas de las relaciones de operadores principales y dominantes en los sectores energéticos» en *RGDA*, núm. 13, IUSTEL, Madrid, septiembre, 2006, pp. 18. (www.iustel.com)

SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, M. , «El seguimiento por la comisión nacional de energía de las solicitudes y contratos de acceso al sistema gasista.», en *RGDA*, núm. 8, IUSTEL, Madrid, marzo, 2005, p. 18. (www.iustel.com)

___ «Comentario a la resolución de la Comisión Nacional de Energía sobre ofertas conjuntas de suministro de electricidad y gas natural.», en *RGDA*, núm. 5, IUSTEL, Madrid, 2004, p. 20 (www.iustel.com)

___ «Comentario a la resolución de la Comisión Nacional de Energía de 31 de Octubre de 2002.», en *RGDA*, núm. 3, IUSTEL, Madrid, junio, 2003, p. 15. (www.iustel.com)

___ «Comentario a la resolución de la Comisión Nacional de Energía de 18 de Julio de 2002.» en *RGDA*, núm.2, IUSTEL, Madrid, 2003, p. 30. (www.iustel.com)

___ «La participación de la Comisión Nacional de Energía en el proceso de desarrollo de la infraestructura eléctrica y gasista: los informes marco sobre la demanda de energía eléctrica y gas natural y su cobertura y los informes de seguimiento de las infraestructuras gasistas», en *RGDA*, núm. 7, IUSTEL, Madrid, 2004, p. 27.

___ «La posición de la Comisión Nacional de Energía sobre los problemas jurídicos que plantea la realización por empresas distribuidoras de gas natural de actividades relacionadas con las instalaciones receptoras comunitarias», en *RGDA*, núm. 9, IUSTEL, Madrid, Julio 2005. p. 31.

___ «La posición de la Comisión Nacional de Energía sobre los problemas jurídicos que plantea la realización por empresas distribuidoras de gas natural de actividades

relacionadas con las instalaciones receptoras comunitarias» Segunda parte en *RGDA*, núm. 10, IUSTEL, Madrid, Noviembre, 2005, p. 20.

SÁNCHEZ LÉPINETTE, T ., «Las medidas estructurales de fomento de la competencia: análisis del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio» en *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, núm. 216, 2001, pp. 53-65.

SÁNCHEZ NÚÑEZ, P., «Los modelos de regulación de los sectores energéticos en España», en *Economía Industrial*, núm. 318, Madrid, 1997, pp. 77-86.

SANTAMARIA PASTOR, J. A. ., *Fundamentos de Derecho Administrativo I.*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, p. 1244.

____ «La Administración como poder regulador», en *Estudios para la reforma de la Administración pública*, INAP, Madrid, 2004, pp. 375-442.

SANZ GANDÁSEGUI, F., «La articulación de las competencias del Estado en materia de obras públicas de interés general destinadas a infraestructuras de transporte con las competencias de las comunidades autónomas y las entidades locales; en especial la proyección de las competencias estatales en la ordenación del territorio y urbanismo: las disposiciones adicionales segunda y tercera de la Ley de concesiones» en *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Dir. Adolfo Menéndez, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pp. 339-400.

SENDÍN GARCÍA, M. A. ., *Hacia un servicio público europeo. El nuevo derecho de los servicios públicos*, Ed. Comares, Granada, 2003, p. 353.

____ *Regulación y servicios públicos*, Ed. Comares, Granada, 2003, p. 188.

SERRA PERIS, J. M. ., La ley de hidrocarburos completa la liberalización energética, *Economía Industrial*, núm. 321, Madrid, 1998, pp. 13-18.

SERRANO DE TRIANA, A. ., «Hacia una administración con mejores título de intervención», en *Maestros Complutenses de Derecho Luis Jordana de Pozas*, creados de Ciencia Administrativa, Facultad de Derecho, Servicio de publicaciones, Fundación Banco Santander Central Hispano, Madrid, 2000, pp. 309-345.

SERRANO GONZÁLEZ, M., «La Comisión Nacional de Energía: el ejercicio de sus funciones en el nuevo entorno competitivo», en *Regulación Sectorial y competencia*, Unesa-Civitas-Fundación Hidrocantábrico, Madrid, 1999, pp. 81-108.

____ «Naturaleza y funciones de la Comisión Nacional de Energía: un ampliado marco de actuación», en *Energía del monopolio al mercado. CNE, diez años en perspectiva*, Thomson-Civitas-CNE, Navarra, 2006, pp. 379-404.

SOSA WAGNER, F., «Los servicios públicos en Europa» en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 6, 2004, pp. 89-101.

SOUVIRÓN MORENILLA, J. M., *La Actividad de la Administración y el servicio público*, Comares, Granada, 1998, p. 679.

SUÁREZ S ARO, J ., «El acceso de terceros a las redes de gas y electricidad» en *Derecho de la Energía*, La Ley-ENDESA, Madrid, 2006, pp. 577-604.

TAMAMES, R. , *Estructura económica de España*, 24ª edición, Alianza editorial, Madrid, 1971, p. 1035.

TÉLLEZ DE PERALTA, A., «El gas natural en la estrategia energética española», en *Papeles de Economía Española*, núm. 14, Madrid, 1983, pp. 265-278.

TEROL G ÓMEZ, R. , *El Control Público de las Telecomunicaciones. Autoridades Reguladoras*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 214.

TERRÓN SANTOS, D., *Autoridades nacionales de reglamentación. El caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Ed. Comares, Granada, 2004, p. 309.

TORNOS MÁS, J. , *Las autoridades de regulación de lo audiovisual*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 191.

____ Competencias municipales para la ordenación y gestión de servicios públicos (especial referencia al suministro de agua, gas y electricidad), *REALA*, núm. 245, 1990, pp. 23-36.

___ *Régimen jurídico de los poderes públicos en relación con los precios y tarifas*, publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1982, p. 483.

___ «El proceso de distribución de las competencias económicas y la necesaria unidad de la política económica», en *REDA*, núm. 29, 1981, pp. 319-327.

___ «*Las potestades administrativas tarifaria y de tasación*», en *Intervención administrativa en la economía*, dir. Germán Fernández Farreres, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1996, p. 155-187.

___ *La delimitación constitucional de las competencias. El principio de territorialidad y las competencias. Legislación básica, bases, legislación y ejecución*, MAP, 1996, pp. 73-103.

___ «La intervención pública sobre los precios de los servicios. Tasas, tarifas, precios regulados y potestad de ordenación general de precios», en *Estudios de derecho público económico. Libro homenaje al Profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, coord. Cosculluela Montaner, Civitas, Madrid, 2003, pp. 648-676.

___ «La actividad de regulación», en *El Derecho Administrativo en el Umbral del siglo XXI, Libro homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, coord. Francisco Sosa Wagner, Tomo I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 1329-1342.

TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ-CONDE, J. , «La liberalización del mercado energético: Incidencia en el ámbito jurídico de las energías primarias», en *Regulación Sectorial y competencia*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, pp. 191-214.

___ «La liberalización eléctrica en España: Aspectos básicos de su regulación», Ed. Civitas, Madrid, 1998, pp. 37-83.

TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ-CONDE, J. y DE BORJA LÓPEZ -JURADO, F., *La regulación del Sector Eléctrico*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 584.

___ «Medidas de liberalización económica: Distribución de carburantes», en *Reforma y Liberalización económica. Los Decretos-leyes de junio de 1996*, Ed. Civitas, Madrid, 1996. pp. 249-291.

TRONCOSO REIGADA, A ., *Privatización, Empresa Pública y Constitución*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 503.

VALENCIA MARTÍN, G., «La supresión del monopolio y el nuevo régimen jurídico del sector petrolero» en *RAP*, núm. 138, 1995, pp. 283-314.

VAN MIE RT, K. , «Una aproximación a las líneas maestras de la política de la competencia en la Unión Europea», en *Economía Industrial*, núm. 318, Madrid, 1997, pp. 25-32.

VAZQUEZ LEPINETTE, T. , «El acceso de terceros a red en el sector del gas en España», en *Gaceta Jurídica de la U. E.*, núm. 225, mayo-junio 2003, pp. 69-87.

___ «Las medidas estructurales de fomento de la competencia: análisis del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio» en *Gaceta Jurídica de la U.E.*, núm. 216, noviembre-diciembre 2001, pp. 53-65.

VELA, A., *El gas como alternativa energética*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, p. 594.

VILLAR E ZCURRA, J. L. , «Las infraestructuras públicas: viejos y nuevos planteamientos», en *Nuevo derecho de las infraestructuras*, Ed. Montecorvo, Madrid, 2001, pp. 69-118.

VILLAR EZCURRA, J. L., *Derecho administrativo especial. Administración pública y actividad de los particulares*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 435.

___ «Los cauces de la intervención administrativa», en *Don Luis Jordana de Pozas: creador de ciencia administrativa*, Facultad de Derecho, Servicio de publicaciones, Madrid, 2000, pp. 283-308.

___ *Servicio público y técnicas de conexión*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, p. 334.

VILLAR PALASÍ, J. L. , *La intervención administrativa en la industria*, Instituto de Estudios políticos, Madrid, 1964, p. 439.

VILLAR PALASÍ, J. L. , «La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo», en *RAP*, núm. 3, 1950 Madrid, 1964, pp. 53-129.

VÍRGALA FORURI A, E , *La Constitución y las comisiones reguladoras de los servicios de red*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 393.

WIENERT, H., «Reforma de la regulación y política de competitividad industrial», en *Economía Industrial*, núm. 318, Madrid, 1997, pp. 41-44.

II. Informes y resoluciones de la Comisión Nacional de Energía

A. Informes y resoluciones sobre conflictos de acceso a las redes del sistema.

Cuarto informe de seguimiento de las solicitudes de acceso y contratos de acceso al sistema gasista (junio-diciembre 2004). Aprobado por el Consejo de Administración de 7 de julio de 2005.

Informe sobre la consulta de un comercializador en relación con el contrato formalizado de acceso a las instalaciones del sistema gasista (aprobado por el Consejo de Administración de 10 de diciembre de 2003)

Tercer Informe de seguimiento de las solicitudes de acceso y contratos de acceso al sistema gasista: Enero-Junio 2004, aprobado por el Consejo de Administración de 25 de noviembre de 2004.

Resolución en el procedimiento de conflicto de acceso a instalaciones gasistas CATR 11/2006, instado por BP S.A.U. contra ENAGAS, S.A. de 28 de septiembre de 2006.

Resolución en el procedimiento de conflicto de acceso a instalaciones gasistas CATR 03/2004, instado por comercializadora contra distribuidora, aprobada por el Consejo de Administración de 28 de julio de 2004.

Resolución en el procedimiento de conflicto de acceso a instalaciones gasistas CATR 15/2003, instado por compañía comercializadora contra BAHIA DE BIZKAIA GAS S. L., aprobada el 22 de diciembre de 2003.

Informe sobre la consulta realizada por un transportista/distribuidor sobre la flexibilidad en los contratos de ATR, aprobado el 27 de noviembre de 2003.

Resolución de la Comisión Nacional de Energía en los procedimientos acumulados sobre conflictos de acceso a instalaciones gasistas CATR 24/2002, 25/2002 y 26/2002 instados por HIDROCANTÁBRICO ENERGÍA S. A. U., contra planta de regasificación de SAGUNTO, S.A., aprobada el 13 de mayo de 2003.

Resolución de la Comisión Nacional de Energía en el procedimiento sobre conflicto de acceso a instalaciones gasistas CATR 15/2002, instado por HIDROCANTÁBRICO ENERGÍA S. A. U., contra ENAGAS, S.A., aprobada el 6 de marzo de 2003.

Resolución de la Comisión Nacional de Energía en los procedimientos acumulados sobre conflictos de acceso a instalaciones gasistas CATR 27/2002 y 28/2002, instados por HIDROCANTÁBRICO ENERGÍA, S.A. U. Contra REGASIFICADORA DEL NOROESTE, S.A., aprobada el 3 de marzo de 2003.

Resolución de la Comisión Nacional de Energía en el procedimiento de conflicto de acceso a la red de transporte CATR 17/2002 instado por HIDROCANTÁBRICO, frente a ENAGAS, S.A., aprobada el 17 de febrero de 2003.

Resolución de la Comisión Nacional de Energía en el procedimiento sobre conflicto de acceso a instalaciones gasistas CATR 22/2002, instado por RWE TRADING GMBH, sucursal en España contra ENAGAS., aprobada el 30 de enero de 2003.

Resolución de la Comisión Nacional de Energía en el procedimiento sobre conflicto de acceso a instalaciones gasistas CATR 20/2002, instado por CEPSA GAS COMERCIALIZADORA, S. A. contra ENAGAS, S.A., aprobada el 20 de enero de 2003.

Resolución del conflicto de acceso a planta de regasificación CATR 16/2002 instado por HIDROCANTÁBRICO ENERGÍA, S.A.U., frente a BAHÍA BIZKAIA GAS, S.L., aprobada el 30 de enero de 2003.

Resolución del conflicto de acceso a la planta regasificadora de Mugardos, CATR 14/2002 instado por HIDROCANTÁBRICO ENERGÍA, S.A.U., contra REGASIFICADORA DEL NOROESTE, S. A., aprobada el 30 de enero de 2003.

Resolución de la Comisión Nacional de Energía en los procedimientos acumulados sobre conflictos de acceso a instalaciones gasistas CATR 7/2002, 10/2002 y 12/2002, instados respectivamente por ENI ESPAÑA COMERCIALIZADORA DE GAS, S.A., ELECTRICA DEL BAIX DE LLOBREGAT, ELECTRICA DEL BAIX LLOBREGAT, S. L. E IBERDROLA GAS, S.A.U., CONTRA ENAGAS, S.A., aprobada el 31 de octubre de 2002.

Resolución de la Comisión Nacional de Energía en los procedimientos acumulados CATR 5/2002, 6/2002 y procedimiento tramitado al amparo del artículo 70.4 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de Hidrocarburos, aprobada el 18 de julio de 2002.

Resolución en el procedimiento de acceso a la red de transporte CATR 8/2002 instado por RWE TRADING GMBH, sucursal en España, frente a ENAGAS S.A., aprobada el 8 de agosto de 2002.

Resolución de la Comisión Nacional de Energía en el procedimiento de conflicto de acceso a plantas de regasificación CATR 4/2002 instado por IBERDROLA GENERACIÓN, S.A., frente a ENAGAS, S.A., aprobada el 30 de abril de 2002.

Resolución de la Comisión Nacional de Energía en el Procedimiento de acceso a plantas de regasificación CATR 8/2001 instado por CEPSA GAS, COMERCIALIZADORA S.A., frente a BAHÍA BIZKAIA GAS, S.L., aprobada el 29 de abril de 2002.

Resolución del consejo de administración de la Comisión Nacional de Energía en el procedimiento de acceso a la red de transporte CATR 7/2001 instado por RWE TRADING GMBH, sucursal en España, frente a ENAGAS, S.A., aprobada el 11 de abril de 2002.

Resolución de la Comisión de Energía, en el procedimiento de conflicto de acceso CATR 3/2002, instado por AES ENERGÍA CARTAGENA, S.R.L. frente a ENAGAS, S.A., aprobada el 21 de marzo de 2002.

Resolución en el procedimiento del acceso a la red de distribución CATR 4/2001 instado por GAS NATURAL COMERCIALIZADORA S.A., frente a DICOEXSA, aprobada el 5 de septiembre de 2001.

Resolución del expediente tramitado por la Comisión Nacional de Energía, a instancia de ENAGAS, S.A., solicitando autorización para la denegación del acceso a GAZ DE FRANCE, de conformidad con el artículo 70.4 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de Hidrocarburos, aprobada el 17 de julio de 2001.

Resolución en el procedimiento de conflicto de acceso a la red de transporte CATR 2/2001 instado por ENRÓN ESPAÑA ENERGÍA, S.L., frente a ENAGAS, S.A., aprobada el 25 mayo de 2001.

Informe sobre la solicitud de acceso de CALOGAS S.A., a la red de distribución de GAS ARAGÓN S.A., remitida por la diputación general de Aragón, aprobado el 5 de diciembre de 2000.

Resolución del expediente tramitado por la Comisión Nacional de Energía, a instancia de ENAGAS, S.A., solicitando autorización para la denegación del acceso a GAZ DE FRANCE, de conformidad con el artículo 70.4 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de Hidrocarburos.

Resolución en el procedimiento del acceso a la red de distribución CATR 4/2001 instado por GAS NATURAL COMERCIALIZADORA S. A., frente a DICOEXSA.

Resolución en el procedimiento de conflicto de acceso a redes de distribución CATR 1/2000 instado por Cooperativa San Francisco de Asís frente a Iberdrola, S.A. (aprobado por el Consejo de Administración de 3 de mayo de 2000)

B. Informes sobre propuestas de resolución de autorización de instalaciones

Informe sobre la propuesta de resolución de la DGPEM por la que se autoriza a ENAGAS S.A. la construcción de las instalaciones del gasoducto denominado Planta de Sabinánigo-Nudo de Jaca LC1, aprobado el 5 de junio de 2003.

Informe sobre la propuesta de resolución de la DGPEM por la que se autoriza a otorga a ENAGAS S.A. la ampliación de la capacidad de emisión, de la Planta de GNL de Palos de la Frontera (Huelva), aprobado el 14 de mayo de 2003.

Informe sobre la propuesta de resolución de la DGPEM por la que se autoriza a ENAGAS S.A. la construcción de las instalaciones del gasoducto Villafranca de Córdoba-Porcuna, aprobado el 14 de mayo de 2003.

Informe sobre la propuesta de resolución de la DGPEM por la que se otorga a ENAGAS S.A. autorización administrativa y reconocimiento de utilidad pública para la

construcción de una estación de compresión de Gas Natural en la provincia de Córdoba, aprobado el 14 de mayo de 2003.

Informe sobre la propuesta de resolución de la DGPEM por la que se otorga a UNION FENOSA GAS S.A. autorización administrativa para la construcción de una planta de recepción, almacenamiento y regasificación de GNL en el término municipal de Sagunto, aprobado el 20 de febrero de 2003.

Informe sobre la propuesta de resolución de la DGPEM por la que se otorga a ENAGAS S.A. autorización administrativa para la ampliación de la planta de Palos de la Frontera (Huelva), aprobado el 28 de noviembre de 2001.

Informe sobre la propuesta de resolución de la DGPEM por la que se otorga a DISTRIBUIDORA REGIONAL DEL GAS S.A., autorización de construcción y declaración de utilidad pública de las instalaciones del gasoducto Olmedo-Medina del Campo (Valladolid), aprobado el 27 de diciembre de 2001.

Informe sobre la propuesta de resolución de la DGPEM por la que se otorga a Gas Asturias, autorización de construcción y declaración de utilidad pública de las instalaciones del gasoducto a Castejón (Navarra), aprobado el 10 de julio de 2001.

Informe sobre la propuesta de resolución de la DGPEM por la que se otorga a ENAGAS S.A., autorización de construcción y declaración de utilidad pública de las instalaciones del gasoducto Málaga-Estepona, tramo Mijas Estepona, aprobado el 29 de mayo de 2001

Informe sobre la propuesta de resolución de la DGPEM por la que se otorga a ENAGAS S.A. autorización de construcción y declaración de utilidad pública de las instalaciones del gasoducto Cartagena-Lorca, Fase I, aprobado el 18 de abril de 2001.

Informe sobre la propuesta de resolución de la DGPEM por la que se otorga a ENAGAS S.A., autorización de construcción y declaración de utilidad pública de las instalaciones del gasoducto Puente Genil-Málaga, aprobado el 6 de marzo de 2001.

Informe sobre la propuesta de resolución de la DGPEM por la que se otorga a ENAGAS S.A. autorización de construcción y declaración de utilidad pública de las

instalaciones del Gasoducto Málaga-Estepona, Tramo Alhaurín El Grande-Mijas, aprobado el 6 de marzo de 2001.

Informe sobre la propuesta de resolución de la DGPEM por la que se otorga a BAHIA BIZKAIA DE GAS S.L., autorización administrativa para la construcción de una planta de G.N.L. en el puerto de Bilbao, aprobado el 23 de enero de 2001.

Informe sobre la propuesta de resolución de la DGPEM por la que se otorga a ENAGAS S.A. autorización previa de construcción del gasoducto Getafe-Cuenca-Fuentes, aprobado el 20 de noviembre de 2000.

Informe sobre la propuesta de resolución de autorización administrativa a ENAGAS S.A., para la construcción del gasoducto “Ramal a Vilches”, aprobado el 18 de julio de 2000.

C. Informes de seguimiento de las infraestructuras gasista e instrumentos de planificación

Octavo informe semestral de seguimiento de las infraestructuras referidas en el “Informe marco sobre la demanda de energía eléctrica y gas natural, y su cobertura” (aprobado por el Consejo de Administración de 14 de junio de 2007).

Quinto informe semestral de seguimiento de las infraestructuras referidas en el «Informe marco sobre la demanda de energía eléctrica y gas natural, y su cobertura», aprobado por el Consejo de Administración de 23 de junio de 2005.

Cuarto informe semestral de seguimiento de las infraestructuras referidas en el “Informe marco sobre la demanda de energía eléctrica y gas natural, y su cobertura”. Septiembre de 2004, aprobado por el Consejo de Administración de 21 de octubre de 2004.

Tercer informe semestral de seguimiento de las infraestructuras referidas en el “Informe marco sobre la demanda de energía eléctrica y gas natural, y su cobertura”. Septiembre de 2004, aprobado por el Consejo de Administración de 10 de junio de 2004.

Segundo informe semestral de seguimiento de las infraestructuras referidas en el “Informe marco sobre la demanda de energía eléctrica y de Gas Natural y su cobertura año 2002”, aprobado el 10 de Octubre de 2003.

Primer Informe semestral de seguimiento de las infraestructuras referidas en el “Informe marco sobre la demanda de energía eléctrica y de gas natural y su cobertura”.

Informe de seguimiento de las infraestructuras referidas en el informe marco sobre la demanda de energía eléctrica y de gas natural y su cobertura. Segundo Informe, aprobado en julio de 2002.

Primer Informe de seguimiento de las infraestructuras referidas en el informe marco sobre la demanda de energía eléctrica y de gas natural y su cobertura.

Informe marco sobre la demanda de energía y gas natural, y su cobertura, aprobado por el Consejo de Administración el 20 de diciembre de 2001 (Ref. 125/2001).

D. Informes sobre el régimen económico (desarrollo normativo).

Informe 37/2007 sobre la propuesta de orden por la que se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas, aprobado por el Consejo de Administración el 20 de diciembre de 2007.

Informe 36/2007 sobre la propuesta de orden por la que se establece la tarifa de último recurso del sistema de gas natural para el año 2008, aprobado por el Consejo de Administración el 20 de diciembre de 2007.

Informe 32/2007 sobre la propuesta de orden por la que se establece la retribución de la actividad de transporte de gas natural para instalaciones con puesta en servicio a partir del 1 de enero de 2008, aprobado por el Consejo de Administración el 18 de diciembre de 2007.

Informe 37/2006 sobre la propuesta de orden por la que se establece la retribución de la actividad de las actividades de regasificación para el años 2007, aprobado por el Consejo de Administración el 21 de diciembre de 2006.

Informe 36/2006 sobre la propuesta de orden por la que se establece la retribución de los almacenamientos subterráneos de gas natural incluidos en la red básica para el año 2007, aprobado por el Consejo de Administración el 21 de diciembre de 2006.

Informe 36/2006 sobre la propuesta de orden por la que se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas, aprobado por el Consejo de Administración el 21 de diciembre de 2006.

Informe 26/2005 sobre la propuesta de Orden por la que se establecen las tarifas de gas natural y gases manufacturados por canalización, alquiler de contadores y derechos de acometida para los consumidores conectados a redes de presión de suministro igual o inferior a 4 bar, aprobado por el Consejo de Administración el 22 de diciembre de 2005.

Informe 25/2005 sobre la propuesta de Orden por la que se establece la retribución de las actividades reguladas del sector gasista para el año 2006, aprobado por el Consejo de Administración el 22 de diciembre de 2005.

Informe 3/2005 sobre la propuesta de orden por la que se establecen las tarifas de Gas Natural y Gases manufacturados por canalización, alquiler de contadores y derechos de acometida para los consumidores conectados a redes de presión de suministro igual o inferior a 4 bar, de 11 de enero de 2005.

Informe 2/2005 sobre la propuesta de orden por la que se establece la retribución de las actividades reguladas del sector gasista para el año 2005, de 11 de enero de 2005.

Informe 1/2005 sobre la propuesta de orden por la que se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas, de 11 de enero de 2005.

Informe 3/2004 sobre propuesta de orden por la que se establecen las tarifas de Gas Natural y Gases manufacturados por canalización, alquiler de contadores y derechos de acometida, de 15 de enero de 2004.

Informe 2/2004 sobre la propuesta de orden por la que se establece la retribución de las actividades reguladas del sector gasista para el año 2004, de 8 de enero de 2004.

Informe 1/2004 sobre la propuesta de orden por la que se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas, de 15 de enero de 2004.

Informe 3/2003 sobre la propuesta de orden por la que se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas, de 10 de enero de 2003.

Informe 2/2003 de la CNE sobre la propuesta de orden por la que se actualiza la retribución de las actividades reguladas del sector gasista para el año 2003, de 10 de enero de 2003.

Informe 1/2003 sobre la propuesta de orden por la que se establecen las tarifas de Gas Natural y Gases manufacturados por canalización y alquiler de contadores, de 10 de enero de 2003.

Informe 3/2002 sobre la propuesta de orden por la que se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas, de 7 de febrero de 2002.

Informe 2/2002 sobre la propuesta de orden por la que se establece la retribución de las actividades reguladas del sector gasista, de 7 de febrero de 2002.

Informe 1/2002 sobre la propuesta de orden por la que se establecen las tarifas de Gas Natural y Gases manufacturados por canalización, de 7 de febrero de 2002

Informe 8/2001 sobre el proyecto de Real Decreto por el que se regula el acceso de terceros a las instalaciones gasistas y se establece un sistema económico integrado del sector de Gas Natural, de 27 de abril de 2001.

Informe 2/2001 sobre el proyecto de O.M. por el que se aprueban las nuevas tarifas y precios de los suministros de Gas Natural y Gases manufacturados por canalización para usos domésticos y comerciales, de 6 de febrero de 2001.

Informe sobre acuerdo de comisión delegada del Gobierno para asuntos económicos por el que se fijan los precios máximos para suministro de Gas Natural para usos industriales, de 30 de enero de 2001.

Informe 5/1999 de la CNE sobre el proyecto de Orden Ministerial sobre precios de Gas Natural como materia prima, de 29 de julio de 1999.

Informe 2/1999 de la CNE sobre el proyecto de O.M. por la que se aprueban las nuevas tarifas y precios de los suministros de Gas Natural y Gases manufacturados por canalización para usos domésticos y comerciales y alquiler de contadores, de 5 de mayo de 1999.

Informe 1/1999 de la CNE sobre el proyecto de Orden Ministerial por la que se actualizan los parámetros del sistema de precios máximos de los suministros de Gas Natural para usos industriales, de 28 de abril de 1999.

Informe sobre el escrito remitido por empresa transportista relativo a la discrepancia existente en cuanto a cómo aplicar las mermas de transporte en la facturación de la reserva de capacidad (aprobado por el Consejo de Administración de 6 de mayo de 2004) Ref. 30/2004.

Informe sobre la consulta de un distribuidor acerca de la facturación a clientes en el mercado liberalizado y sus repercusiones en las liquidaciones a la CNE (aprobado por el Consejo de Administración de 29 de abril de 2004) Ref. 29/2004.

Informe sobre la consulta de una distribuidora de gas sobre criterios de cálculo del caudal medio medido (Qmm), aprobado por el Consejo de Administración de 6 de mayo de 2004) Ref. 26/2004.

Informe sobre la consulta de una distribuidora de gas sobre peajes de transporte y distribución, aprobado por el Consejo de Administración de 6 de mayo de 2004

Informe sobre la consulta de Sedigas de información para la facturación en el mercado liberalizado y sus repercusiones en las liquidaciones, aprobado por el Consejo de Administración de 13 de mayo de 2004.

E. Informes sobre el régimen de actividades del sistema gasista

Informe 24/2007 sobre el proyecto de Real Decreto por el que se modifica el RD 1716/2004, de 23 de julio, por el que se regula la obligación de existencias mínimas de seguridad, la diversificación de los abastecimientos de GN y la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos, aprobado por el Consejo de Administración de 26 de julio de 2007.

Informe sobre las dificultades en el reparto de la capacidad de los almacenamientos subterráneos entre los agentes del sistema gasista y propuesta de modificación normativa urgente, aprobado por el Consejo de Administración, de 20 de abril de 2006.

Informe 19/2005 sobre el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el reglamento técnico para la distribución y utilización de combustibles gaseosos y sus instrucciones técnicas complementarias (ITC's) ICG 01 a 11, aprobado por el Consejo de Administración de 29 de noviembre de 2005.

Informe 20/2005 sobre el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el reglamento técnico para la distribución y utilización de combustibles gaseosos y sus instrucciones técnicas complementarias correspondiente a la parte de gases licuados del petróleo (salvo canalizado), aprobado por el Consejo de Administración de 29 de noviembre de 2005.

Informe sobre solicitud de cambio de suministro de gas del mercado libre a suministro de gas a la tarifa regulada.

Informe 15/2005 sobre la propuesta de Orden por la que se modifica el coste de la materia prima publicado en la Orden ITC/104/2005.

Informe sobre la propuesta de orden ministerial sobre normas de información e inspección aplicables a los sujetos obligados al mantenimiento de existencias mínimas de seguridad de productos petrolíferos, incluidos los glp, y de gas natural, y a la diversificación de los aprovisionamientos de gas natural.

Análisis de los requerimientos de transparencia recogidos en la Posición Común de la Propuesta de Reglamento de gas y su aplicación al sistema español. Conclusiones del grupo de trabajo I: directrices de buenas prácticas del ATR. 21 de julio de 2005.

Escrito de contestación relativo al escrito remitido por comercializador A sobre el peaje de exportación de gas a Francia, aprobado por el Consejo de Administración de 30 de junio de 2005.

Informe 6/2005 sobre la propuesta de Real Decreto por el que se adapta la normativa relativa al sector de hidrocarburos a lo dispuesto en el acuerdo de Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2005, por el que se adoptan mandatos para poner en marcha medidas de impulso a la productividad, aprobado por el Consejo de Administración de 31 de mayo de 2005.

Análisis sobre la evolución de la demanda de gas natural y el número de consumidores durante el año 2004: información desglosada por comunidades autónomas y provincias, aprobado por el Consejo de Administración de 7 de abril de 2005.

Informe 4/2005 sobre la propuesta de Resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas por la que se determinan los proyectos con derecho a una retribución específica iniciados en el año 2004, aprobado por el Consejo de Administración de 11 de enero de 2005.

Escrito de contestación a la consulta remitida por una comercializadora relativa a la interpretación que realizan determinadas empresas sobre el cobro de derechos de alta y acometida, aprobado por el Consejo de Administración de 7 de abril de 2005.

Informe sobre el estado de los almacenamientos subterráneos y el mantenimiento de las existencias mínimas de seguridad de gas natural por parte de los agentes del sistema, aprobado por el Consejo de Administración de 31 de marzo de 2005.

Resolución en el procedimiento de conflicto sobre la gestión económica y técnica del sistema instado por CYD Energía, S.A. [C.G.E.T. 5/2004], aprobado por el Consejo de Administración de 31 de marzo de 2005.

Nota en relación con determinadas consultas sobre la aplicación de los artículos 17 y 33 del Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, aprobado por el Consejo de Administración de 31 de marzo de 2005.

Informe sobre la consulta de la Unión de Petroleros Independientes sobre los posibles efectos restrictivos para la competencia del sistema español de existencias mínimas de seguridad de hidrocarburos líquidos, aprobado por el Consejo de Administración de 10 de febrero de 2005.

Expediente informativo sobre la prestación de los servicios de pruebas previas, inspecciones periódicas y la resolución de urgencias, por las distribuidoras de gas natural, aprobado por el Consejo de Administración de 26 de enero de 2005.

Informe 5/2005 sobre la propuesta de Orden ITC/ /2004 por la que se establece el calendario para el incremento de las existencias estratégicas de CORES, aprobado por el Consejo de Administración de 13 de enero de 2005.

Escrito de contestación a la consulta de una comercializadora sobre los efectos de la sesión parcial de un contrato de regasificación, aprobado por el Consejo de Administración de 19 de enero de 2005.

Informe 6/2004 sobre la propuesta de Real Decreto por el que se aprueba el mecanismo de resolución de restricciones técnicas, aprobado por el Consejo de Administración de 7 de octubre de 2004.

Informe sobre la consulta de Enagás, S.A., sobre el criterio de facturación para el exceso de gas en el almacenamiento operativo de la red de transporte, aprobado por el Consejo de Administración de 18 de noviembre de 2004.

Contestación a la consulta de una asociación de consumidores sobre si los conceptos facturados y tarifas aplicadas están de acuerdo con las prescripciones reglamentarias vigentes y con los importes regulados, aprobado por el Consejo de Administración de 23 de septiembre de 2004.

Informe sobre la consulta de transportista 1, relativa a la viabilidad de facturación conjunta a un mismo usuario por diferentes servicios y/o contratos, aprobado por el Consejo de Administración de 30 de septiembre de 2004.

Informe sobre el proyecto de Real Decreto por el que se regula la obligación de mantenimiento de existencias mínimas de seguridad, la diversificación de abastecimiento de gas natural y la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos, aprobado por el Consejo de Administración de 22 de diciembre de 2003.

Informe sobre la consulta de una empresa, relativo a la posibilidad de que un consumidor sea alimentado en el mercado liberalizado a través de dos comercializadores distintos, aprobado por el Consejo de Administración de 17 de junio de 2004.

Segundo **informe** sobre las dificultades expuestas por una empresa comercializadora frente a una empresa distribuidora para ejercer la actividad de comercialización de gas natural, aprobado por el Consejo de Administración de 17 de junio de 2004.

Informe sobre los obstáculos existentes para el acceso de los consumidores cualificados a los mercados liberalizados de electricidad y gas natural, aprobado por el Consejo de Administración de 17 de junio de 2004.

Informe sobre la consulta del Gobierno de Navarra sobre la aplicación de la tarifa de referencia 2.2 para el suministro de gas natural por parte de Gas Natural Comercializadora S.A. a la Ciudad Deportiva Amaya de Pamplona, aprobado por el Consejo de Administración de 3 de junio de 2004.

Comparación europea de precios de electricidad y gas natural, aprobado por el Consejo de Administración de 28 de abril de 2004.

Escrito de contestación a la solicitud de Vidrala S.L. respecto a la disponibilidad de las variaciones de PCS del gas natural suministrado para los consumidores industriales, aprobado por el Consejo de Administración de 29 de abril de 2004.

Informe sobre la consulta de la Junta de Extremadura, en relación sobre la cuantificación y valoración de los derechos de acometida para el suministro de gas a una urbanización, aprobado por el Consejo de Administración de 25 de marzo de 2004.

Informe sobre la consulta de comercializadora acerca de las obligaciones de los comercializadores de prestar el servicio de resolución de incidencias a los suministros de GNL a plantas satélite, aprobado por el Consejo de Administración de 19 de febrero de 2004.

Informe sobre la consulta de comercializadora¹ acerca de la legalidad de que un mismo cliente, con una única unidad de medida, sea suministrado a la vez por una empresa distribuidora y una empresa comercializadora, aprobado por el Consejo de Administración de 11 de marzo de 2004.

Consideraciones generales sobre la problemática de las instalaciones receptoras Comunitarias (I.R.C.) y de los derechos de alta, aprobado por el Consejo de Administración de 22 de enero de 2004.

Informe sobre la consulta de [confidencial] en relación con la construcción de una red de distribución, aprobado por el Consejo de Administración de 5 de febrero de 2004.

Informe en respuesta a diversas cuestiones planteadas por una distribuidora en relación a los equipos de medida, aprobado por el Consejo de Administración de 4 de febrero de 2004.

Informe sobre criterios generales en relación con las ofertas conjuntas de suministro de electricidad y gas natural, aprobado por el Consejo de Administración de 5 de febrero de 2004.

Informe sobre la consulta de una empresa comercializadora acerca de la información en la facturación de peajes de gas, aprobado por el Consejo de Administración de febrero de 2004.

F. Informes sobre derecho de la competencia

Informe de la CNE sobre el proyecto de concentración consistente en la adquisición del control de ENDESA, S.A. por parte de Gas Natural SDG, S.A. mediante oferta pública de adquisición de acciones, aprobado por el Consejo de Administración de 20 de diciembre de 2005.

Resolución del Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía sobre la OPA de Gas Natural SDG, S.A. sobre Endesa, S.A.

Informe sobre la participación accionarial adquirida por Omán Oil Holdings Spain, S.L. en Infraestructuras de Gas, S.A., aprobado por el Consejo de Administración de 11 de abril de 2005.

Expediente informativo sobre posibles prácticas anticompetitivas y vulneración del principio de separación de actividades que se ponen de manifiesto con el cobro realizado por algunas distribuidoras de gas natural, en concepto de instalaciones receptoras comunitarias (I.R.C.) (aprobado por el Consejo de Administración de 3 de marzo de 2005).

Informe a petición de la Dirección General de Defensa de la Competencia sobre la operación de puesta en marcha de la empresa en participación Spanish Into-plane Services, S.L. (SIS), controlada conjuntamente por Shell España, S.A. y Cepsa, aprobado por el Consejo de Administración de 22 de diciembre de 2004.

Informe a petición de la Dirección General de Defensa de la Competencia sobre la operación de concentración económica consistente en la toma de control exclusivo por Disa Corporación Petrolífera, S.A. de Shell Peninsular, S.L. y Shell Atlántica, S. L., aprobado por el Consejo de Administración de 7 de octubre de 2004.

Informe sobre la participación accionarial adquirida por Petrogal Española, S.A. en la sociedad Gesoil, S.A., aprobado por el Consejo de Administración de 6 de mayo de 2004.